

THÈSE DE
PARIS.
1884.
N^o. 15.

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DROIT ROMAIN :
LA LOI AQUILIA

DROIT FRANÇAIS :
DE LA SÉPARATION DES POUVOIRS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR
ALEXANDRE LE BOURGEOIS

Avocat à la Cour d'appel.

L'acte public sur les matières ci-après sera présenté et soutenu
le lundi 16 juin 1884, à 1 heure 1/2.

MM. VUATRIN, *Président.*

JALABERT,	}	<i>Professeurs.</i>
CAUWES,		
MICHEL HENRI,	}	<i>Agrégés.</i>
ALGLAVE.		

*Le candidat répondra, en outre, aux questions qui lui seront
faites sur les autres matières de l'enseignement.*

PARIS
IMPRIMERIE DE CHARLES NOBLET
13, RUE CUJAS, 13.
1884

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DROIT ROMAIN :
LA LOI AQUILIA

DROIT FRANÇAIS :
DE LA SÉPARATION DES POUVOIRS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR
ALEXANDRE LE BOURGEOIS

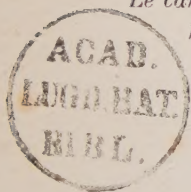
Avocat à la Cour d'appel.

L'acte public sur les matières ci-après sera présenté et soutenu
le lundi 16 juin 1884, à 1 heure 1/2.

MM. VUATRIN, *Président*

JALABERT,	}	<i>Professeurs.</i>
CAUWÈS,		
MICHEL HENRI,	}	<i>Agrégés.</i>
ALGLAVE.		

*Le candidat répondra, en outre, aux questions qui lui seront
faites sur les autres matières de l'enseignement.*



PARIS

IMPRIMERIE DE CHARLES NOBLET

13, RUE CUIJAS, 13.

1884



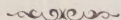
Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546314_0001

A LA MÉMOIRE DE MON PÈRE

A MA MÈRE

DROIT ROMAIN



AD LEGEM AQUILIAM

CHAPITRE PREMIER

GÉNÉRALITÉS.

La loi Aquilia est un plébiscite ayant tiré son nom du tribun Aquilius qui l'avait proposé. De nombreuses controverses ont été soulevées sur la date de cette loi. On a successivement proposé l'an 365, l'an 468 et 528 de Rome. Toutefois, la première de ces dates a peu de partisans, et il est presque certain que ce plébiscite a été rendu à une époque où, le *veto* du sénat étant supprimé, on accordait au vote des tribus plébéiennes une même force obligatoire qu'au vote des centurries.

Cette loi s'occupe du *damnum corpore et corpori injuria datum*.

Lato sensu, le mot *injuria* signifie tout acte contraire au droit. Nous le rencontrons dans les

textes romains avec une double signification :

1° Il a trait au délit d'injures et équivaut alors à *contumelia*.

2° *Injuria* veut dire aussi iniquité, injustice. Lorsque le préteur ou le juge rend contre une personne une décision contraire au droit, on dit de cette personne qu'elle a été soumise à une injustice; *injuriam accepisse dicitur* (1). C'est dans le même sens qu'il faut comprendre la loi Aquilia.

Placée dans les Institutes entre le *furtum* et le délit d'injures, la loi Aquilia s'en sépare par de profondes différences. On est soumis à cette loi alors même qu'il n'y a pas une faute grave. L'action *legis Aquiliæ* n'est pas purement pénale; elle est en partie *rei persecutoria*; en un mot, c'est une action mixte. Le *damnum injuria datum* n'entraîne pas une poursuite au criminel. Sans doute, il peut y avoir lieu à la fois à l'action aquilienne et à une poursuite criminelle; mais alors c'est que le fait dommageable se complique d'un délit ou d'un crime donnant lieu à l'application d'une loi spéciale. Ainsi, le meurtrier de l'esclave d'autrui peut être soumis à la loi Cornelia *de sicariis et veneficiis*; mais il faut pour cela qu'il y ait eu dol de sa part, tandis que la loi Aquilia l'atteint même s'il n'a commis qu'une faute légère.

(1) Inst. IV, 4 pr.

La loi Aquilia a abrogé les lois antérieures qui s'occupaient du *damnum injuria datum*; et, par suite, les jurisconsultes ont jugé inutile de les reproduire (1).

Cependant, la loi 14, § 3, D., XIX, 5, nous apprend qu'il y avait dans la loi des Douze Tables une action *de pastu pecoris* donnée contre celui qui menait paître son troupeau sur le fonds d'autrui. Ceci rentre dans la loi Aquilia; car les empereurs Dioclétien et Maximin font savoir à Plénius qu'il peut agir par la loi Aquilia pour les choses qui ont été broutées sans droit (2).

Nous examinerons d'abord à quelles conditions l'action aquilienne est donnée dans chacun des trois chefs que prévoit cette loi. Toutefois, nous nous réserverons d'étudier séparément cette double condition : dommage causé *corpori et corpore*. Cette étude trouvera sa place dans un chapitre spécial, et sera immédiatement suivie des extensions apportées sur ce point à la loi Aquilia.

Enfin, nous rechercherons quelle est la nature de l'action *legis Aquiliæ*, dans quels cas et dans quelle mesure elle peut concourir avec une autre action.

(1) Ulpien, 1 pr. D. IX, 2.

(2) 6, C. III, 35.

CHAPITRE II

ANALYSE DE LA LOI AQUILIA.

La loi Aquilia se divise en trois parties :

Le premier chef punit le meurtre de l'esclave d'autrui ou de certains animaux.

Le second chef a trait à l'*adstipulator* qui a fait une *acceptilatio* en fraude des droits du créancier. Ce second chef, qui ne s'appliquait plus sous Justinien, ne présente aucune analogie avec le premier et le troisième.

Ce dernier a un champ d'application plus vaste. Il punit tous les dommages causés à la chose d'autrui et non compris dans le premier chapitre.

Nous devons préciser tout d'abord les caractères du *damnum injuria datum*. Comme il s'agit d'un dommage causé à autrui, la première condition est l'existence chez le demandeur d'un dommage qui puisse être apprécié. C'est à cette idée que se rattache la décision de Marcellus rapportée par Ulpien (1). Quelqu'un ayant détruit un testament, le testateur peut-il agir contre lui d'après la loi Aquilia ? Non, dit Marcellus, *quemadmodum aestimatio inibitur* ? Ulpien approuve

(1) 41 pr. D., h. t.

cette décision, et ajoute : Il en serait différemment pour les héritiers ou les légataires ; car, pour eux, le testament est presque (1) un *chirographum*, et, d'après Marcellus lui-même, celui qui détruirait un *chirographum* tomberait sous le coup de la loi Aquilia.

Il faut, en outre, que le dommage ait été causé *injuria, id est nullo jure*. Le juge aura donc à examiner si l'auteur du dommage a agi contrairement au droit, ou, pour mieux dire, s'il est coupable soit de dol, soit de faute. Par conséquent, celui qui, étant en état de légitime défense, a tué un esclave ne peut pas être condamné ; il en est de même de celui qui a causé du dommage par cas fortuit. Il peut arriver aussi que le dommage provienne de l'usage légitime d'un droit ; alors le défendeur peut répondre aux parties plaignantes : *feci, sed jure feci*. Pour qu'une action nuisible engage la responsabilité de son auteur et l'expose à des dommages-intérêts, il faut donc qu'il n'ait pas eu le droit de la faire.

Mais, par cela seul que l'auteur du dommage a quelque chose à se reprocher, il est soumis à l'action ; car on punit la faute même la plus légère.

(1) *Pene*, car le testament ne produira son effet que si le testateur a persévéré jusqu'à sa mort dans les mêmes volontés.

D'ailleurs la loi Aquilia n'atteint que la faute active. On doit réparer le dommage causé, mais non celui qu'on a laissé commettre, alors même que, avec moins de négligence, on aurait pu l'empêcher. S'il en est différemment dans les contrats, c'est que les parties se sont implicitement obligées à faire tout ce qu'il faudrait pour mener à bonne fin l'affaire en vue de laquelle elles ont traité.

Aucun lien contractuel entre le demandeur et le défendeur n'est supposé par la loi Aquilia. Son but est de sanctionner, sous certaines conditions, ce principe : Quiconque attente à la propriété d'autrui est coupable et doit réparer le dommage causé. Là se sont toujours arrêtés les législateurs qui se contentent d'ordonner l'abstention, le respect du droit d'autrui, alors que le moraliste prêche l'action dans l'intérêt de nos semblables.

La doctrine que nous venons d'exposer se trouve consacrée dans deux textes. D'abord la loi 13, § 2, D., VII, 1, suppose un usufruitier qui ne laboure pas les champs, ne taille pas les vignes, laisse se perdre les conduites d'eau et soutient que la loi Aquilia ne peut lui être appliquée. Comme, d'un autre côté, l'usufruitier n'est, le plus souvent, soumis à aucune obligation contractuelle envers le nu propriétaire, il fallait venir

au secours de ce dernier. Le préteur a exigé de l'usufruitier une promesse de jouir en bon père de famille; de la sorte il devint responsable de son inaction.

Ulpien traite la même question (1). Un esclave loué pour faire le service d'un four s'est endormi près de ce four, et le feu a détruit une maison voisine. Selon Nératius, on agira contre le maître de l'esclave par l'action *locati*. Mais si un esclave a allumé le four, tandis qu'un autre l'a gardé négligemment, le premier sera-t-il tenu? Ulpien indique en ces termes la raison de douter : Celui qui garde n'a rien fait : *qui custodit nihil fecit*; celui qui a mis le feu n'a commis aucune faute. Cependant, il accorde l'action utile contre celui qui s'est endormi aussi bien que contre celui qui a gardé négligemment. Mais, par cela même qu'il accorde une action utile, il n'est pas douteux que l'on se trouve en dehors des hypothèses prévues par la loi Aquilia, qui exige un fait actif et ne punit pas l'abstention.

Enfin, il y a une dernière condition pour que l'action *legis Aquiliae* puisse être intentée : il faut que le dommage ait été causé *corpori et corpore*; mais ceci ne s'applique qu'au premier et au troisième chapitre de la loi. Nous aurons à étudier

(1) L. 27 § 9 D., h. t.

dans quels cas le dommage est causé *corpori et corpore*, puis quelle est la situation du demandeur quand il en est différemment. Ces questions trouveront leur place après l'analyse des trois chapitres de la loi Aquilia.

Laissant de côté cette double condition, nous voyons qu'il faut pour que la loi Aquilia puisse s'appliquer un *damnum injuria datum*, c'est-à-dire un dommage qui ait été causé sans droit. Sans dommage il n'y aurait pas d'action, et c'est bien là ce qui tend à prouver que l'action *legis Aquiliæ* est, en réalité, une action civile. Si, en effet, un meurtre a été commis, si un objet a été détruit ou endommagé, et si cependant personne ne peut se plaindre d'avoir été lésé, l'action aquilienne ne pourra pas être intentée : il ne peut pas se rencontrer de demandeur. Mais, alors même qu'un dommage a été causé, si l'auteur du dommage n'a fait qu'exercer une prérogative légale ou s'il a été placé dans des conditions telles que sa responsabilité s'efface en présence de circonstances plus fortes que sa volonté, il n'a rien à craindre de l'action *legis Aquiliæ*, car on ne rencontre chez lui aucun élément de culpabilité. La loi Aquilia prévoit donc un fait illicite et dommageable; mais ce n'est pas nécessairement un fait intentionnel, bien qu'il constitue un *delictum privatum*.

Nous connaissons maintenant les conditions générales qui rendent possible l'action de la loi Aquilia. Mais pour bien comprendre quand il y a eu dommage, quand il y a eu imputabilité, il nous faut suivre les jurisconsultes romains dans l'analyse des diverses espèces qui se sont présentées devant eux. Cette étude nous permettra de bien faire saisir la portée de la loi Aquilia, et aussi de faire ressortir les qualités qui caractérisent ces grands jurisconsultes : la finesse de l'analyse, la rigueur dans la déduction et le sens pratique (1).

§ 1. *Premier chef de la loi Aquilia.* — Gaius nous a conservé la teneur de ce premier chapitre. Nous lisons, en effet, dès le début de la loi 2 : *Lege Aquilia capite primo cavetur : qui servum servamve alienum alienamve quadrupedem vel pecudem injuria occiderit, quanti id in eo anno plurimi fuit, tantum æs dare domino damnas esto* (2).

Ce premier chef ne s'occupe que du meurtre d'esclaves ou d'animaux qui paissent en troupeaux. Le mot *pecus* a été pris ici dans son sens restreint. C'est bien ainsi que Justinien comprend ces mots « *quadrupedem vel pecudem* », car

(1) Accarias, *Précis de droit romain*, Introduction.

(2) 2 § 2 D., h. t.

voici comment il les commente : *De quadrupede, sed de ea tantum quæ pecudum numero est cavetur*. Tels sont les chevaux, les mulets, les ânes, les moutons, les chèvres. Tous ces quadrupèdes sont pour l'homme une source importante de revenus, et leur perte lui cause un réel dommage.

On a discuté sur le point de savoir si certains animaux devaient être considérés comme des quadrupèdes vivant en troupeaux ou non. La question n'est pas dépourvue d'intérêt, car, suivant qu'on adoptera la première ou la seconde opinion, le meurtre de ces animaux sera soumis au premier ou au troisième chef de la loi Aquilia; et nous verrons plus loin qu'il y a une différence importante dans l'estimation du dommage.

Ainsi Gaius examine dans quelle catégorie on doit ranger les éléphants et les chameaux. Il les classe parmi les animaux dont s'occupe le premier chef; car, bien qu'ils soient de nature sauvage, on peut les apprivoiser et en tirer parti comme bêtes de somme.

D'après les Institutes, on discuta la question de savoir si les porcs étaient compris dans le premier chef de la loi Aquilia. Cette question fut résolue affirmativement, comme elle l'avait été alors qu'il s'agissait d'un legs portant sur les *pecora* du testateur (1).

(1) 65 § 4 D. XXXII, 4.

Dans les deux décisions, on fait appel à l'autorité d'Homère, qui a dit dans l'*Odyssée* :

Δηεὶς τὸν γέ σθεσσι παρημενον' οἱ δὲ « νεμονται »
Παρ Κορακος πετρῇ, ἐπὶ τῇ κρηνῇ Ἀρεθούσῃ (1).

Tu vois cet homme assis près de ses porcs qui *paissent* près du rocher de Corax et sur les bords de la fontaine Aréthuse.

Le meurtre ne suffit pas ; il faut qu'il ait été commis *injuria*. Si donc on tue un esclave voleur de grand chemin, on n'a rien à craindre, car le droit naturel permet de se défendre contre le danger.

Gaius rapporte que la loi des Douze Tables permet de tuer le voleur nocturne pris sur le fait ; mais, pendant le jour, on ne peut tuer que le voleur armé : dans ces deux cas, on use du droit de légitime défense. Toutefois, la loi des Douze Tables exige que par des cris on atteste l'imminence du danger (2). Suivant l'énergique expression de Paul (3), toutes les lois et tous les droits permettent de repousser la force par la force. — *Vim enim vi defendere omnes leges omniaque jura permittunt*.

Ulpien, traitant la même question, suppose que celui qui a tué aurait pu s'emparer de son

(1) *Odyssée*, XIII, vers 407 et 408.

(2) 4 § 1 D., h. t.

(3) 45 § 4 D., h. t.

agresseur, et qu'il a préféré le mettre à mort. Il décide que dans ce cas il sera soumis à la loi Aquilia. Nous voyons par là que le meurtre volontaire donne lieu à la loi Aquilia, toutes les fois qu'il ne se justifie pas par la nécessité où se trouvait le meurtrier de tuer pour sauver sa propre vie.

Mais la loi Aquilia ne punit pas seulement le meurtre volontaire, elle punit aussi ce que nous appelons l'homicide par imprudence. On examinera si celui qui a causé la mort est ou non en faute. Cette question de culpabilité peut être parfois assez délicate à déterminer. Elle a dû donner lieu à plus d'une difficulté, si nous en jugeons par les nombreuses espèces qui se trouvent soit dans les Institutes de Justinien, soit dans le Digeste.

Remarquons tout d'abord que la loi Aquilia ne peut s'appliquer au cas où c'est le maître qui a tué son esclave. Il ne saurait être question d'indemnité, puisque le *solvens* et l'*accipiens* seraient confondus en une même personne. Nous rechercherons plus loin si cette règle ne comporte pas des exceptions, si certaines personnes ne sont pas fondées à attaquer le maître, meurtrier de son esclave. Alors même que ce droit n'existait pas, le meurtre ne restait pas impuni. Une constitution d'Antonin le Pieux décide en effet que

le maître qui tue son esclave sans cause est puni comme s'il avait tué l'esclave d'autrui, c'est-à-dire de la mort ou de la déportation avec confiscation de ses biens, suivant qu'il s'agit d'un *homo humilis* ou d'un *homo honestus* (1).

Mais revenons à la question de culpabilité et examinons les espèces diverses que renferment les Institutes.

Un homme, s'exerçant à lancer des traits, perce un esclave; le maître de cet esclave aura-t-il l'action *damni injuriæ*? Si le trait a été lancé par un militaire qui s'exerçait dans un endroit destiné à ce genre d'exercice, l'action qu'on veut intenter contre lui sera refusée, parce qu'il n'a commis aucune faute. Elle sera accordée au contraire, s'il s'agit soit d'un civil, soit d'un militaire s'exerçant dans un autre lieu, parce que l'auteur du dommage n'est pas exempt de toute faute.

Si un bûcheron laisse tomber d'un arbre une branche et tue un esclave qui passe, il est coupable, en supposant que cela soit arrivé près de la voie publique, lorsque, par ses cris, il n'a pas prévenu du danger. Il en serait tout autrement si l'accident était arrivé au milieu d'un champ :

(1) 3 § 4 D. XLVIII, 8.

comme personne n'avait le droit d'y passer, le bûcheron était dispensé de prévenir (1).

Un médecin est en faute, lorsque, après avoir amputé un esclave, il néglige de lui continuer ses soins, et, par suite, est cause de sa mort. Cette décision semble contraire à la distinction que nous avons faite entre la *culpa in omittendo* et la *culpa in committendo*, en disant que cette dernière seule donnait lieu à l'action *legis Aquiliæ*. On pourrait objecter, en effet, que, dans l'espèce prévue par Justinien (2), la culpabilité du médecin consiste en ce qu'il s'est abstenu. La réponse à cette objection est facile : le médecin est coupable pour avoir mal soigné. Sans doute, il avait le droit de s'abstenir, mais dès le début ; du moment qu'il a entrepris cette cure, il s'est engagé implicitement à la mener à bonne fin : ne l'ayant pas fait, il est coupable. Il l'est encore, s'il a mal fait l'amputation ou mal soigné l'esclave, et que celui-ci ait succombé ; car l'impéritie constitue une faute (3).

On s'est demandé pourquoi le médecin qui, par ignorance, avait mal soigné son malade, était soumis à la loi Aquilia, tandis que le juge

(1) 31 pr. D., h. t.

(2) Inst. IV, § 6.

(3) Inst., § 7, h. t.

ignorant qui avait rendu un mauvais jugement n'y était pas soumis, son ignorance l'obligeant seulement *quasi ex delicto* (1). Cela tient, croyons-nous, à ce que le juge remplit une fonction qu'il n'est pas libre de se refuser à remplir, sous prétexte, par exemple, que la loi est obscure, tandis qu'un médecin n'est pas obligé de se rendre à l'appel d'un malade, et, surtout, d'entreprendre une cure qui lui semble dépasser ses forces.

Le § 8 des Institutes examine le cas où un esclave a été tué soit par des mules, soit par un cheval emporté. Il décide que le muletier ou le cavalier est coupable lorsque l'accident est arrivé *propter infirmitatem aut propter imperitiam suam*. Un cavalier, connaissant son peu d'habileté ou sa faiblesse, devait s'abstenir de monter des chevaux prompts à s'emporter; en présumant trop de ses forces, il a commis une faute; et la loi Aquilia lui est applicable.

Nous allons examiner maintenant quelques-unes des difficultés relatives à la culpabilité qui sont résolues dans le Digeste. C'est le meilleur mode à suivre pour arriver à déterminer comment les Romains comprenaient le mot *injuria*.

Si, dans une lutte, l'un des lutteurs a tué l'autre, la loi Aquilia ne s'applique pas lorsqu'il

(1) Inst. IV, 5 pr.

s'agit d'un combat public. En effet, le *damnum* n'a pas été causé *injuria*. Chacun des lutteurs a agi dans un but légitime : celui de montrer sa force et son courage et d'acquérir par là une gloire qu'on ne pouvait refuser à la vigueur et à la vaillance chez un peuple où l'on se passionnait pour des combats de gladiateurs. Ulpien remarque que cela ne s'applique pas aux esclaves ; car il était d'usage que les ingénus seuls prissent part à ces luttes. Il s'agit ici de fils de famille, et nous sommes en dehors des hypothèses que prévoit la loi Aquilia, qui suppose un esclave, une chose corporelle ; or, un homme libre est hors du commerce. Mais, dominé par les nécessités de la pratique, on avait étendu à ce cas la loi Aquilia, grâce aux procédés du prêteur qui rendirent possible l'obtention d'une action utile ; c'est un point sur lequel nous reviendrons.

Le *principium* de la loi 11 contient une espèce assez curieuse, qui montre bien quels soins les Romains apportaient à démêler la question de responsabilité. De deux joueurs de paume, l'un frappe trop violemment la balle et la jette sur les mains d'un barbier qui rasait un client près de là ; sous cette poussée, le barbier coupe la gorge de l'esclave qu'il rasait. Contre qui s'appliquera la loi Aquilia ? Lequel, du barbier ou du joueur de paume, est coupable ? Suivant Proculus, c'est la

faute du barbier. Cela est vrai s'il travaillait là où l'on jouait d'habitude, ou encore sur le bord d'une voie fréquentée. Et, cependant, on peut soutenir avec Ulpien que celui qui s'est confié à un barbier installé dans un endroit aussi dangereux a commis une imprudence dont il ne peut rendre responsable une autre personne. Quant à la culpabilité du joueur de paume, elle sera admise dans le cas contraire. C'est, dans une espèce un peu différente, la même décision que celle donnée par Justinien, lorsqu'il s'occupe d'un militaire qui s'exerce à lancer des traits.

Celui qui a tué l'esclave d'autrui, pris en flagrant délit d'adultère, n'est pas soumis à la loi Aquilia. Il n'est pas en faute, puisque la loi Julia *de adulteriis* lui permet d'agir comme il l'a fait : *marito adulterum uxoris suæ occidere permittitur* (1).

Alfénus (2) s'efforce de déterminer à qui incombe la responsabilité dans l'espèce suivante. Deux voitures chargées, traînées par des mules, gravissaient la pente du Capitole. Les conducteurs de la première voiture poussaient à la roue pour aider leurs mules à tirer. A un moment donné, ils se retirèrent; leur voiture, en reculant, vint heurter celle qui suivait; celle-ci recula à son

(1) 24 pr. D. XLVIII, 5.

(2) 52 § 1 D., h. t.

tour, et, par suite, écrasa un esclave. On se demanda qui était en faute, contre qui devait être intentée l'action *legis Aquiliæ*. Alfénus résout cette question en examinant les diverses causes possibles de l'accident. Si les conducteurs qui poussaient la première voiture se sont retirés spontanément et que les mules, entraînées par le poids de la voiture, aient été incapables de la retenir, c'est contre les conducteurs qu'il faut intenter l'action, car ils sont les auteurs de l'accident. En effet, il cause un dommage *injuria* celui qui librement lâche ce qu'il supportait, et de la sorte atteint quelqu'un. Mais, si ce sont les mules qui se sont effrayées et si les conducteurs n'ont abandonné la voiture que sous la pression du danger, il n'y a rien à leur reprocher. L'action devrait alors être donnée, non contre eux, mais contre le propriétaire des mules. Toutefois, le maître ne sera pas soumis à l'action *legis Aquiliæ*, comme le prouve un texte d'Ulpien (1) : *Cessabit Aquilia actio quemadmodum si quadrupes damnum dederit*. Le dommage étant l'œuvre d'animaux, êtres dépourvus de raison, il ne peut être question de dol ni de faute; par suite, on ne peut pas dire que ce dommage a été causé *injuria*. Le maître sera alors soumis à l'action *de pauperie*, action

(1) 5 § 2 D., h. t.

établie par la loi des Douze Tables, à raison du dégât causé par ses animaux. Deux différences capitales séparent l'action *de pauperie* de l'action *legis Aquiliæ* : le maître des animaux peut se libérer par l'abandon noxal; s'il ne le fait pas, la *litis æstimatio* ne dépassera pas la valeur du dommage, tandis que, comme nous le verrons bientôt, il peut en être autrement dans la loi Aquilia.

Enfin Alfénus examine une troisième hypothèse. Les efforts réunis des conducteurs et de leurs mules ont été impuissants; on ne peut dès lors s'attaquer ni aux conducteurs ni au maître des mules, puisque le dommage résulte d'un accident qui ne peut pas leur être imputé.

Le § 3 de la même loi suppose qu'on a vendu des bœufs à condition de les donner à l'essai; l'esclave de l'acheteur qui les essayait est frappé d'un coup de corne. Le vendeur devra payer le dommage causé à l'acheteur par ses bœufs, lorsque ce sera arrivé parce qu'ils étaient vicieux. Si, au contraire, cela provenait d'une faute de l'esclave, le maître des bœufs ne devrait rien. Ici nous croyons que c'est à bon droit qu'on accorde l'action aquilienne : lorsque les mules s'étaient effrayées dans l'espèce ci-dessus, on se trouvait dans une hypothèse accidentelle; ici, au contraire, le propriétaire sait ou doit savoir que ses

boeufs sont vicieux, et, comme malgré cela il les donne à essayer, il est coupable : le *damnum* est donc causé *injuria*.

Jusqu'ici nous n'avons fait qu'examiner la responsabilité d'une personne capable. Mais il y a certaines personnes qui ne sont pas soumises à la loi Aquilia, par suite de leur situation juridique. Elles sont regardées, à raison de cette situation, comme n'étant pas capables d'avoir agi *injuria*. On considère que, en droit, le fait qu'elles ont commis ne peut pas leur être imputé.

Lorsqu'un fou furieux, *furiosus* (1), aura causé un dommage, il n'y aura pas lieu à l'action *legis Aquiliæ* ; quelle faute pourrait-on lui reprocher, puisqu'il n'est pas en possession de ses facultés mentales ? Il en serait de même d'un *infans* qui aurait causé un dommage. Il est donc intéressant de savoir quand finit l'*infantia*. Sur ce point il existe une controverse. — Les uns soutiennent que l'*infantia* se terminait lorsque l'enfant pouvait parler ; ils invoquent d'abord l'étymologie du mot *infans* (*in, fari*), puis un texte d'Ulpien (2), où ce jurisconsulte s'exprime ainsi : Quand un pupille a un procès à soutenir, son tuteur peut plaider pour lui, le représenter en justice, ou le

(1) L. 5 § 2 D., h. t.

(2) L. 1 § 2 D. XXVI, 7.

faire comparaître en l'autorisant. Il ajoute : Si le pupille est *infans*, le tuteur devra plaider lui-même ; si le pupille a plus de sept ans, le tuteur devra l'autoriser. S'armant de ce texte, les partisans de ce système raisonnent ainsi : il y a une période durant laquelle le tuteur est libre de procéder comme il l'entend ; Il résulte du texte que ce n'est ni pendant l'*infantia* ni après la septième année ; ce ne peut être que durant la période intermédiaire qui s'écoule entre la fin de l'*infantia* et l'accomplissement de la septième année : c'est donc que l'*infantia* peut se terminer avant sept ans.

Les partisans du second système soutiennent, et avec raison, que, dès l'époque classique, l'*infantia* cessait à l'âge de sept ans. Les textes qui servent de base à cette opinion sont formels. *Eodem anno*, dit Macrobe (1), *id est septimo, plene absolvitur integritas loquendi*. La même idée se retrouve dans les œuvres de Juvénal (2) et de Quintilien (3). Enfin un fragment d'Ulpien prouve qu'on peut être *infans* alors même qu'on articule déjà des mots. La loi 1, § 2, D., XXVI, 7, suppose en effet un *infans* ayant joué le rôle de stipulant dans une stipulation, par conséquent capable de

(1) Songe de Scipion, I, 6.

(2) Satire XIV, v. 10 et s.

(3) Inst. orat. I, cap. 1, n° 4.

parler, de formuler l'interrogation nécessaire. Ce texte formel suffit pour détruire l'argument que nos adversaires voudraient tirer de la loi 70, D., XLV, 1, œuvre du même jurisconsulte. Nous croyons qu'il n'existe aucune contradiction : dans la loi 70, Ulpien ne distingue que deux sortes de pupilles : les *infantes* et ceux qui ont dépassé sept ans ; quant à l'argument par lequel on veut lui en faire reconnaître implicitement une troisième catégorie, il est selon nous sans valeur : lorsque Ulpien dit que le pupille majeur de sept ans doit figurer en personne dans son procès, *tutore auctore*, c'est un conseil et non un ordre pour le tuteur, qui reste libre d'user de la faculté que lui donne le début du texte, de représenter ou d'assister le mineur.

A l'époque de Justinien l'*infantia* finissait sans conteste à l'âge de sept ans, conformément à deux constitutions impériales : l'une d'Arcadius, Honorius et Théodose, qui se trouve au Code Théodosien (1) ; la seconde rendue par Théodose et Valentinien et insérée dans le Code de Justinien (2).

Si maintenant nous supposons que le dommage a été causé par un impubère ayant dépassé l'in-

(1) L. 8 C. VIII, 18.

(2) L. 48 C. VI, 30.

fantia, que déciderons-nous ? Labéon (1) dit que cet impubère est tenu de l'action aquilienne parce qu'il est tenu du *furtum*. La décision, telle que la rapporte Ulpien, est trop absolue. On doit faire une distinction que Labéon sous-entendait sans doute : l'impubère est-il *infantiæ proximus*, il n'est pas considéré comme *injuriæ capax*, tandis qu'il le devient lorsqu'il est *pubertati proximus*. L'époque où l'impubère devient *pubertati proximus* se détermine par une question de fait : le développement intellectuel plus ou moins précoce.

A qui appartient l'action de la loi Aquilia et contre qui est-elle donnée ? L'action de la loi Aquilia appartient au maître (2) ; c'est ce qui nous faisait dire plus haut que, si le maître avait tué son esclave, il n'était pas soumis à la loi Aquilia. Cela n'est pas exact d'une façon absolue, car le maître peut être actionné par ceux qui avaient sur cet esclave un démembrement du droit de propriété, un droit réel, et qui l'ont perdu, en tout ou en partie, par la faute du propriétaire. Il nous sera facile d'en donner des exemples.

Le maître qui tue son esclave est tenu par une action *in factum* envers le possesseur de bonne foi ou le gagiste pour les indemniser du dommage

(1) L. 5 § 2 D., h. t.

(2) L. 11 § 6 D., h. t.

qu'il leur cause en les privant des avantages attachés à la possession (1). De même si le nu propriétaire d'un esclave l'a blessé ou tué, l'usufruitier aura une action, à l'exemple de la loi Aquilia, dans la mesure de son usufruit (2).

Comment se fait-il que, pour des cas analogues, Ulpien donne une action *in factum* et Paul une action utile? Nous croyons que, la loi 17 ne prévoyant qu'une extension très naturelle de la loi Aquilia, Ulpien eût mieux fait d'appeler cette action *utilis* plutôt que *in factum*. Nous aurons d'ailleurs à revenir sur ces dénominations et à examiner si une différence réelle correspond à cette différence de terminologie.

Pour que le propriétaire puisse intenter l'action de la loi Aquilia, il ne suffit pas qu'il y ait eu un *damnum injuria datum*, il faut aussi qu'il ait souffert de ce dommage. C'est à cette idée que se rattache la décision contenue dans la loi 23, § 1 : Un esclave qui a été institué héritier et libre est tué ; et, à son défaut, l'hérédité va soit au substitué vulgaire, soit à l'héritier légitime. Celui des deux qui succède ne peut intenter l'action aquilienne, car il est loin d'être lésé et ne peut se plaindre d'un meurtre qui l'a rendu héritier.

(1) L. 17 pr. D., h. t.

(2) L. 12 D., h. t.

Julien accorde cependant le droit d'agir pour obtenir l'estimation de l'esclave ; mais il y a là une erreur qu'Ulpien relève à bon droit : en effet, l'esclave étant institué *cum libertate*, sa mort n'a en aucune façon lésé l'héritier.

Une difficulté s'élève lorsque l'esclave tué n'appartient à personne au moment du meurtre.

Si un *servus hereditarius* est tué, on pourrait croire au premier abord que l'action aquilienne ne naît pas, puisqu'elle n'appartient qu'au maître et qu'il n'y en a pas ici. Cette solution eût été trop rigoureuse. Les Romains eurent recours à un procédé fréquemment employé par eux, lorsque, sans donner une décision trop contraire au rigorisme de leur droit, ils voulaient cependant arriver à une solution plus conforme à l'équité : nous voulons parler de la fiction légale. L'hérédité jacente est alors considérée comme une personne qui tient la place de l'héritier, en attendant l'adition d'hérédité. L'action naît donc en cette personnalité fictive, pour passer ensuite à l'héritier (1). En effet, dit Ulpien (2), celui que la loi Aquilia appelle *dominus* n'est pas celui qui l'était alors que le dommage a été causé ; autrement l'action ne passerait pas aux héritiers. Ce juris-

(1) L. 13 § 2 D., h. t.

(2) L. 43 D., h. t.

consulte donne sans doute cette solution, parce qu'il considère cette action comme pénale même à l'égard du demandeur. Cependant on ne peut nier que cette action, mélangée, il est vrai, d'un caractère pénal, est avant tout, en ce qui concerne le demandeur, une action *rei persecutoria*, qui doit passer aux héritiers du demandeur, comme le prouve le § 8 de la loi 23, due également à Ulpien : *hanc actionem et heredi cæterisque successoribus dari constat*.

De même, lorsque l'esclave d'un captif a été tué, on a recours à la fiction du *postliminium* pour que le captif de retour puisse exercer son action. D'après cette fiction, le captif qui s'échappe est censé n'avoir jamais été prisonnier, ou, plus exactement, avoir dormi durant tout le temps de sa captivité. Dès lors, il peut intenter l'action *legis Aquiliæ* contre le meurtrier de son esclave.

Alors même que l'esclave tué était en fuite, la loi 13, § 1, donne l'action aquilienne au maître pour le meurtre de cet esclave.

D'après Julien (1), on a la loi Aquilia pour le meurtre d'un homme libre qu'on possède, de bonne foi, comme esclave. En effet, la possession, lorsque la bonne foi s'y joint, procure les mêmes avantages que le droit de propriété.

(1) L. 13 § 1.

Dans certains cas, il est assez difficile de déterminer dans quelle personne naît l'action *legis Aquiliæ*. Ainsi, au cas où un esclave légué aurait été tué, il faut examiner si l'héritier avait ou non pris parti. Lorsque le meurtre a été commis après l'adition d'hérédité, l'action de la loi Aquilia doit appartenir au légataire, pourvu qu'il ait accepté avant la mort de l'esclave ; on lui accorderait même action contre l'héritier, si celui-ci était le meurtrier. Si, au contraire, le meurtre a eu lieu avant l'adition d'hérédité, il est juste de dire que l'action de la loi Aquilia reste à l'héritier, car c'est pour lui que l'hérédité l'a acquise. D'ailleurs le legs est nul, comme étant sans objet : il portait sur un esclave, et cet esclave n'existe plus. Mais si, au lieu d'avoir été tué, l'esclave n'était que blessé, l'action resterait encore à l'hérédité et appartiendrait à l'héritier. Toutefois, après l'adition, le légataire pourrait accepter le legs qui ne serait plus sans objet et, comme tel, nul ; et l'héritier, pour faire une délivrance complète, serait obligé de livrer l'esclave et en outre de céder son action au légataire : il l'instituerait donc son *procurator in rem suam*, c'est-à-dire qu'il lui donnerait mandat pour exercer l'action en son nom, avec dispense de rendre compte. Si on a institué héritier *cum libertate* un esclave blessé mortellement et que cet esclave ait succombé aux

suites de sa blessure, celui qui est héritier à son défaut ne peut se prévaloir de l'action aquilienne : ce meurtre, loin de lui causer un dommage, l'enrichit (1). Remarquons que, si l'esclave blessé n'était pas mort, il aurait pu, devenu héritier et libre, intenter une action utile. S'il n'a pas l'action directe, c'est que personne ne peut être considéré comme propriétaire de ses propres membres (2).

Ulpien, dans la loi 17, § 1, suppose qu'un esclave a été légué conjointement à deux personnes : après l'acceptation de l'une, l'esclave meurt et le second légataire répudie le legs. Son colégataire peut seul agir d'après la loi Aquilia, parce que le *dominium* lui appartient rétroactivement tout entier par l'effet du droit d'accroissement qu'on pourrait appeler à bon droit *jus non decrescendi*, car il s'agit ici de deux légataires conjoints *re et verbis*.

Il peut arriver aussi que l'esclave tué appartienne en commun à deux ou plusieurs personnes. Le meurtrier pourra être actionné par chacun des copropriétaires agissant proportionnellement à sa part de propriété (3).

Si un esclave commun à Paul et à Pierre a

(1) L. 16 D., h. t.

(2) L. 13 D., h. t.

(3) LL. 19 et 20 D., h. t.

tué un esclave appartenant à Paul, la loi Aquilia s'applique contre Pierre si le meurtre a été commis d'après son ordre, et Paul pourra le poursuivre *noxaliter*. Mais si l'esclave commun a agi sous sa seule impulsion, l'action noxale ne sera pas accordée, parce qu'il n'est pas au pouvoir de l'esclave d'obliger plutôt l'un de ses maîtres que l'autre (1).

On s'est demandé si celui qui avait un esclave en fuite pouvait être soumis à la loi Aquilia par le fait de cet esclave. Julien décide que le maître pourra être actionné, et sa décision est approuvée par Marcellus et Ulpien, ainsi qu'il résulte de la loi 27, § 3.

Si un esclave donné en gage a été tué, à qui appartient l'action ? C'est le débiteur qui est resté propriétaire du gage qu'il a fourni ; à lui donc appartiendra l'action *legis Aquiliæ*. Toutefois, on se demande si une action utile ne doit pas être donnée au créancier. Il peut y avoir intérêt, par exemple, dans les deux cas suivants : si son débiteur est insolvable, s'il a laissé prescrire son action. Un dommage considérable lui est en effet causé par suite de la destruction de son gage qui le mettait à l'abri de l'insolvabilité du débiteur — en supposant le gage d'une valeur au

(1) L. 27 § 1 D., h. t.

moins égale à sa créance, — ou qui lui assurait un paiement, malgré la prescription de son action, grâce à son droit de rétention et à la règle *quæ temporalia sunt ad agendum perpetua sunt ad excipiendum*. Il faudra donc donner l'action aquilienne au créancier gagiste. Mais la situation de l'auteur du dommage, défendeur à l'action aquilienne, ne devra pas être aggravée pour cela ; ce qu'il paiera au gagiste le libérera d'autant envers le propriétaire qui n'aura l'action aquilienne que pour le surplus (1).

Quand le propriétaire de la chose détruite est en même temps débiteur de cette chose, quelle action naîtra et à qui appartiendra-t-elle ? Deux textes (2) prévoient cette hypothèse et semblent donner des solutions contradictoires. En les analysant, nous verrons si on peut les concilier, puis s'il ne faut pas généraliser les solutions qu'ils contiennent.

Le § 3 du titre de la Vente aux Institutes nous apprend que, après la conclusion du contrat de vente, les risques passent à la charge de l'acheteur. Si donc un esclave a été vendu et s'il est tué par un tiers après la vente, mais avant la tradition, l'acheteur n'en restera par moins tenu

(1) L. 30 § 1 D., h. t.

(2) Inst. III, 23, § 3 ; 18 § 5 D. IV, 3.

de payer le prix convenu. Mais, comme le vendeur ne doit pas s'enrichir au détriment de l'acheteur, il devra céder l'action *legis Aquiliæ* qui naît en sa personne, puisqu'il est resté propriétaire de l'esclave.

La loi 18, § 5, D., V, 3, suppose que quelqu'un a tué l'esclave que Primus avait promis à Secundus. Elle décide que l'action *de dolo* sera donnée contre l'auteur du dommage, l'action aquilienne ne pouvant être intentée par Primus, puisqu'il se trouve libéré envers Secundus et ne subit de la sorte aucun dommage.

Ces deux décisions paraissent contradictoires ; mais, pour bien comprendre leur portée, il faut examiner dans quelles circonstances elles sont rendues. Dans le premier cas il s'agit d'une vente, contrat synallagmatique et de bonne foi : il a semblé équitable d'accorder l'action aquilienne au vendeur resté propriétaire, bien que, à vrai dire, il n'eût éprouvé aucun dommage ; mais il cédera cette action à l'acheteur, qui doit son prix malgré le meurtre de l'esclave : les parties se trouvent ainsi placées dans la même situation que si la tradition avait été effectuée antérieurement au meurtre. Dans le texte du Digeste il s'agit d'une stipulation, contrat unilatéral et de droit strict. On aboutit alors à une solution plus rigoureuse : le promettant ne peut intentier l'ac-

tion *legis Aquiliæ* parce qu'il n'est pas lésé ; cette action n'appartient pas non plus au stipulant, car il n'est pas propriétaire de l'esclave. Mais, pour ne pas laisser impuni l'auteur du dommage et surtout afin d'indemniser la personne lésée, on a accordé à celle-ci l'action *de dolo*.

Les deux textes prévoient donc deux hypothèses différentes. Les généralisant, nous aboutissons à cette conclusion : si la chose détruite était due en vertu d'un contrat de bonne foi, l'action aquilienne naît en la personne du propriétaire qui doit la céder à son créancier ; si la chose détruite était due en vertu d'un contrat de droit strict, l'action *legis Aquiliæ* ne pourra pas naître en faveur du propriétaire qui a cessé d'être débiteur, mais on accordera au créancier de cette chose contre l'auteur du dommage une action *de dolo* ou une action *in factum* subsidiaire de l'action *de dolo*.

Si un homme libre a causé un dommage sur l'ordre d'un autre, l'action de la loi Aquilia est donnée contre celui qui a commandé s'il en avait le droit, par exemple, si c'est un père qui donne un ordre à son fils. S'il n'en avait pas le droit, c'est l'auteur du dommage qui sera poursuivi : lui seul est coupable, puisqu'il pouvait ne pas faire ce qu'on lui conseillait (1). Il n'est pas né-

(1) L. 37 pr. D., h. t.

cessaire, pour qu'un maître soit tenu du meurtre commis par son esclave, qu'il ait donné l'ordre de le faire ; il suffit, d'après la loi 44, que le meurtre ait eu lieu, lui le sachant, car la faute, même légère, rentre dans la loi Aquilia. Paul ajoute, dans le *principium* de la loi 45, que le maître qui, pouvant empêcher ce meurtre, ne l'a pas fait, est tenu : *scientiam hic pro patientia accipimus*.

On est soumis à la loi Aquilia lorsqu'on a tué l'esclave d'autrui, alors même qu'on croyait s'attaquer à un homme libre (1).

Julien suppose, dans la loi 51, qu'un esclave a été blessé mortellement, qu'il est ensuite institué héritier, puis qu'il meurt frappé par un autre. Il n'est pas nécessaire que l'esclave meure sur le coup pour que le premier chef de la loi Aquilia s'applique, il suffit que la blessure soit mortelle. Partant de là, Julien décide que les deux personnes sont soumises à la loi Aquilia, ce qui est conforme aux solutions données par les anciens jurisconsultes. Il y aura une différence entre les deux actions : l'estimation ne se fera pas sur les mêmes bases, ce qui est raisonnable, puisque le dommage n'a pas été causé au même moment. En outre, Julien estime que les deux personnes

(1) L. 45 § 2 D., h. t.

tombent l'une et l'autre sous le premier chef de la loi Aquilia comme coupables de meurtre ; il les considère comme ayant tué l'esclave pour une cause différente.

Prévoyant les reproches qu'on pourrait adresser à sa décision, il s'attache à la justifier, faisant valoir qu'il serait absurde qu'aucun des meurtriers ne fût soumis à la loi Aquilia, ou que ce fût l'un plutôt que l'autre. Il est d'utilité générale qu'un crime ne reste pas impuni ; et on ne peut pas établir facilement lequel des deux sera passible de la loi. D'ailleurs, on peut sans peine signaler des solutions analogues : quand plusieurs personnes ont emporté pour la voler la poutre d'autrui, qu'aucune d'elles ne pouvait porter seule, toutes sont considérées comme soumises à l'action *furti*. Et cependant, dit le jurisconsulte, on aurait pu soutenir, à l'aide d'un raisonnement subtil, qu'aucune de ces personnes ne devait être poursuivie, parce que, à vrai dire, aucune d'elles n'avait emporté la poutre.

La décision de Julien est inattaquable sur un point. Oui, il est certain que les deux personnes sont soumises à la loi Aquilia ; mais sont-elles soumises au même chef ? Ici nous trouvons dans les textes (1) une autre opinion admise par

(1) L. 11 § 3 D., h. t.

Ulpien, Celsus et Marcellus. Suivant ces jurisconsultes, celui qui a blessé mortellement un esclave n'est pas tenu comme meurtrier, lorsqu'un autre l'a achevé ; il est soumis seulement au troisième chef de la loi Aquilia pour blessures, puisque l'esclave est mort sous les coups d'un autre.

On a essayé de concilier ces deux textes (1), en disant que, dans l'espèce prévue par Julien, Secundus n'a fait que hâter la mort, tandis que dans l'autre espèce l'esclave est mort, non de sa première blessure, mais d'une autre cause. Ce sont là de pures hypothèses que rien dans les textes ne nous autorise à admettre. Pour nous, il y a contradiction formelle entre les deux textes ; et nous n'hésitons pas à soutenir l'opinion de Celsus plutôt que celle de Julien. La première est plus conforme à ce principe d'équité admis par toutes les législations : le doute doit s'interpréter en faveur du défendeur. En outre, elle évite la difficulté d'avoir à trancher une question de fait presque insoluble : dans le système de Julien, il importerait de savoir si la blessure est ou non mortelle, ce qu'il nous semble impossible de décider *d priori* sans s'exposer à des solutions arbitraires.

(1) De Vangerow, Lehrbuch, der Pandekten, t. III, § 681, p. 585 et s.

Le second paragraphe de la loi 11 suppose que l'esclave est mort sous les coups de plusieurs personnes : si l'on connaît le meurtrier, celui-là seul est soumis au premier chef de la loi Aquilia ; si on ne le connaît pas, tous sont tenus comme meurtriers, et tous sont tenus intégralement, sans que l'action intentée contre l'un d'eux puisse libérer les autres, car c'est une peine. Le § 4 de la même loi contient une application du principe posé : si plusieurs personnes ont écrasé un esclave en jetant sur lui une poutre, toutes sont tenues de la loi Aquilia ; il est en effet impossible de déterminer quel est le meurtrier.

Nous avons examiné successivement, quand se rencontre le *damnum injuria datum*, à qui appartient l'action *legis Aquiliæ*, contre qui elle peut être intentée. Nous allons rechercher maintenant quel est le montant de la condamnation portée par le premier chef de la loi Aquilia.

Dans tous les cas, cette action doit procurer la réparation intégrale du préjudice causé ; comme telle, l'action ne tendrait qu'à indemniser le demandeur. Mais il peut arriver, il arrivera même le plus souvent qu'elle lui procurera un enrichissement. En effet, on devra estimer l'esclave ou l'animal tué, non d'après sa valeur au moment du meurtre, mais d'après la plus haute valeur qu'il aura atteinte pendant l'année qui

aura précédé ce meurtre. Si donc un esclave qui valait 100 au premier janvier, perd une partie de sa valeur par suite d'un accident ou d'une maladie et arrive à ne plus valoir que 20, le meurtrier devra néanmoins payer 100 s'il a tué l'esclave avant le premier janvier de l'année suivante. Il en résulte que le maître, qui en réalité ne perd que 20 et qui reçoit 100, jouit d'un enrichissement de 80. En outre l'action *legis Aquiliæ* est de celles qui, en cas d'*inficiatio*, emportent condamnation au double.

Par suite, l'action de la loi Aquilia présente les caractères d'une action mixte, c'est-à-dire pour partie *rei persecutoria*, pour partie pénale. C'est ainsi d'ailleurs que Justinien la qualifie au § 19, *De actionibus* : *Sed et legis Aquiliæ actio de damno injuriæ mixta est, non solum si adversus inficiantem in duplum agatur, sed interdum et si in simplum quisque agit : veluti si quis hominem claudum aut hunc occiderit, qui in eo anno integer et magni pretii fuerit, tanti enim damnatur quanti is homo in eo anno plurimè fuerit.*

Mais, dans les règles posées pour l'application de cette action, les Romains se sont laissé dominer par le caractère pénal des deux règles que nous avons retracées, et ont plutôt traité l'action *damni injuriæ* comme une action pénale, tandis que, si l'on veut aller au fond des choses, il nous

semble difficile de ne pas admettre que cette action est avant tout *rei persecutoria* : son but principal est la réparation du préjudice causé, et ce n'est qu'accessoirement qu'elle est mêlée de pénalité.

Nous venons de voir que le dommage s'estime dans le premier chef de la loi Aquilia d'après la plus haute valeur de l'esclave durant l'année qui a précédé le meurtre. Quel sera le point de départ de ce délai d'une année lorsqu'il s'agira d'une blessure mortelle? Nous savons, en effet, que le premier chef s'applique alors même que l'esclave, n'étant pas mort sur le coup, a succombé plus tard aux suites de sa blessure. Cette question avait été controversée entre les jurisconsultes romains.

Il est facile d'en faire ressortir l'intérêt : si l'on change le point de départ de l'année, il peut en résulter de grandes différences dans l'estimation. Ainsi, un cheval vaut 1,000 le 10 mai, époque où il tombe boiteux et ne vaut plus que 100; le 1^{er} mai de l'année suivante, lorsqu'un le blesse et il meurt, plus de quinze jours après, des suites de cette blessure : si on fait partir l'année du jour de la blessure, le propriétaire du cheval recevra 1,000, tandis qu'il ne recevra que 100 si l'estimation est faite du jour de la mort.

Cette question est examinée par Julien (1); selon lui, c'est au jour de la blessure que l'on devra se placer pour faire l'estimation. Celsus soutient l'opinion contraire. Si nous en croyons Ulpien, c'est le système de Julien qui a été adopté.

Logique en son système, ce jurisconsulte décide que, si l'esclave blessé a été aliéné ou affranchi, puis est mort des suites de sa blessure, l'action *legis Aquilæ* appartient au maître qui l'a aliéné ou rendu libre; car il est vrai que le délinquant a fait mourir l'esclave en le blessant; sa mort l'a prouvé. L'action est donc née en la personne du maître au jour de la blessure (2).

L'obligation d'estimer, d'après la plus haute valeur de la chose durant l'année qui a précédé le meurtre, résulte de la loi, *ex verbis legis* (3). Mais il fallait déterminer sur quelles bases se ferait l'estimation, si on ne tiendrait compte que de la valeur du corps, ou bien si on estimerait également quel intérêt avait le propriétaire à ce que son esclave ou son animal n'ait pas été tué. Sur ce point, la loi était muette. Les Prudents, se fondant, à défaut de texte, sur l'esprit de la loi, *non ex verbis legis, sed ex interpretatione placuit*,

(1) L. 24 § 1 D., h. t.

(2) L. 15 § 1 D., h. t.

(3) Inst. IV, 3, § 40.]

décidèrent qu'on avait le droit de faire l'estimation d'après l'intérêt (1).

Cette interprétation de la loi est très raisonnable, car le dommage n'eût pas été réparé pleinement si on n'avait pas tenu compte de la valeur d'intérêt. Il y a là quelque chose qui ressemble à ce que, dans notre droit, on a appelé le *damnum emergens* et le *lucrum cessans* dans l'action en dommages-intérêts.

Mais il ne faut pas aller trop loin. On tient compte de tous les avantages qui dans l'année de la mort rendaient l'esclave plus précieux, pourvu qu'il s'agisse d'une valeur réelle et certaine, non d'une valeur d'affection ou d'un gain espéré qu'on a manqué.

La loi 33 dit, en effet, dans son *principium*, qu'on ne doit pas tenir compte de la valeur d'affection, par exemple, si l'esclave tué était le fils naturel d'une personne qui, pour cette cause, voulait l'acheter très cher; on ne doit tenir compte que de la valeur de cet esclave pour tous. Il faut, en outre, au dire de Sextus Pédus, déterminer la valeur, non d'après l'affection qu'avait le propriétaire pour l'esclave ou le quadrupède enlevé par un meurtre, mais d'après l'utilité qu'il en retirait. Peut-être l'a-t-il acheté plus cher à cause

(1) L. 21 § 2 D., h. t.

de cette affection ; peut-être a-t-il surpayé, pour l'avoir, son fils naturel qui était l'esclave d'autrui ; mais la valeur réelle de cet esclave n'a pas été augmentée pour cela, et l'action de la loi *Aquilia* ne lui fera obtenir que l'estimation de la plus haute valeur vénale de l'esclave dans l'année qui a précédé sa mort.

Nous avons dit aussi qu'il fallait que le gain manqué fût certain et non aléatoire. Voici l'es-pèce que prévoit et résout la loi 29, § 3 : un na-vire s'étant engagé dans des filets de pêcheurs et les ayant endommagés, on pourra intenter l'ac-tion *legis Aquiliae* si les matelots sont en faute, tan-dis qu'on ne le pourrait pas si le navire avait été poussé par un vent violent. Labéon et Proculus se demandent quelle sera la mesure de la con-damnation : on devra estimer les filets, non les poissons qui ne sont pas encore pris ; car on ignore s'il en aurait été pris, et combien. Une pareille esti-mation, ne pouvant se faire sur des données cer-taines, serait nécessairement arbitraire. La même règle devrait s'appliquer aux veneurs et aux oise-leurs lorsque quelqu'un aurait détruit leurs en-gins.

Nous avons posé les règles au moyen desquelles on doit arriver à l'estimation du dommage causé, et par suite à la condamnation. Il nous faut main-tenant passer en revue quelques-uns des nom-

breux exemples donnés par les jurisconsultes romains : le procédé le plus sûr pour bien préciser le règlement de l'estimation consiste, en effet, à examiner les difficultés qu'il a fait naître.

On peut, dans le calcul de l'année, tenir compte de la valeur qu'avait l'esclave à une époque où le droit du demandeur n'aurait pas pu exister. Ainsi, lorsqu'un esclave a été tué, on donne une action utile à l'usufruitier, et, pour arriver à l'estimation du dommage, on tient compte même de la fraction d'année durant laquelle l'usufruit n'existait pas encore (1).

Les textes contiennent, en ce qui concerne le meurtrier, une décision plus rigoureuse, où l'on étend la période d'estimation, non dans le passé, mais dans l'avenir, afin d'arriver à la plus haute valeur durant une année. Voici l'hypothèse que contient la loi 23, § 7 : un *infans* non encore âgé d'un an a été tué ; comment devra se faire le calcul ? On ne peut prendre la plus haute valeur durant l'année qui a précédé, puisque, un an avant le meurtre, l'*infans* n'existait pas encore. Après controverse, comme l'indiquent les expressions employées par le texte, *verius est*, on donna l'action de telle sorte que l'estimation eût trait au temps où l'esclave aurait vécu un an. On

(1) L. 42 D., h. t.

aggrave ici singulièrement la position du défendeur : l'*infans* aura, en effet, une valeur plus grande à un an qu'à deux mois, par exemple, si nous supposons que le meurtre a été commis à cet âge. Mais cette décision est conforme à l'esprit juridique des Romains, dont le formalisme rigoureux conduisait à appliquer la lettre même du texte ; or, la loi Aquilia disant : *Quanti in eo anno plurimi ea res fuerit*, les jurisconsultes parvinrent à faire prévaloir cette idée que l'estimation devait toujours porter sur un intervalle d'une année, du moment que le dommage était prévu par le premier chef de la loi. Lorsque l'esclave tué avait été institué héritier, il fallait tenir compte de l'hérédité dans l'estimation ; alors cette hérédité, qui devait revenir au maître de l'esclave, fera retour aux héritiers légitimes du testateur (1).

Si une personne est instituée sous la condition d'affranchir un de ses esclaves, et que cet esclave ait été tué, elle perdra le bénéfice de l'institution, puisque la condition est défaillie. Pourra-t-elle réclamer du meurtrier l'estimation de l'hérédité (2) ? Elle le pourra suivant la décision de Julien, lorsque le meurtre aura eu lieu après la

(1) L. 23 pr. D., h. t.

(2) §§ 2, 3 de la même loi.

mort du testateur ; mais, si l'esclave a été tué du vivant du testateur, on n'estime pas l'hérédité, parce qu'on examine quelle est la plus haute valeur antérieure au meurtre.

On peut supposer, avec le même jurisconsulte (1), que l'esclave tué est un peintre de valeur dont le pouce a été coupé dans l'année qui a précédé le meurtre. Le maître de l'esclave pourra agir d'après la loi Aquilia, et il obtiendra le prix que valait son esclave avant que son talent ait été annihilé par la perte de son pouce.

Il faut tenir compte de l'intérêt qu'avait le propriétaire à la conservation de son esclave, même quand son intérêt ne ressort pas avec autant d'évidence que dans les exemples ci-dessus. Ainsi, lorsque le meurtre a porté sur un esclave ayant commis de grandes fraudes dans ses comptes, et qu'on voulait soumettre à la question afin de découvrir ses complices, on l'estimera non seulement d'après sa valeur réelle, mais encore d'après l'intérêt qu'avait son maître à découvrir les complices de ses détournements (2).

Lorsqu'un quadrupède qui a causé des dommages a été tué par une autre personne que celle qui a eu à souffrir de ses dégâts, le propriétaire

(1) § 3 de la même loi.

(2) L. 23 § 4 D., h. t.

aura l'action *legis Aquiliæ*, et pourra obtenir, outre l'estimation du corps du quadrupède, une valeur égale au dommage que celui-ci avait causé. En effet, poursuivi par une action *de pauperie* pour les dégâts commis, il pouvait éviter de les payer en abandonnant l'animal auteur du dommage. Maintenant que celui-ci a été tué, il ne peut éviter une condamnation, et il est juste qu'il soit indemnisé : ainsi s'explique la décision contenue dans la loi 37, § 1. Il en serait de même s'il s'agissait d'un esclave ; car, après le meurtre, l'abandon noxal ne serait plus possible.

Enfin, il peut arriver que l'on ait promis *sub pœna* d'affranchir l'esclave tué. La condition n'ayant pas été réalisée, il y a lieu au paiement de la clause pénale. Mais, ce que le propriétaire de l'esclave aura été ainsi obligé de payer, il pourra le réclamer du meurtrier.

En un mot, il faut que l'on tienne compte de toutes les circonstances qui, dans l'année de la mort, rendent l'esclave plus précieux.

Nous sommes arrivé à déterminer sur quels points devra porter l'estimation, à combien montera la condamnation. Mais cette condamnation ne sera pas toujours au simple, c'est-à-dire égale au montant de l'estimation ; elle sera au double contre celui qui aura nié être l'auteur du dommage. Nous rencontrons là un des modes em-

ployés par les Romains pour arriver à restreindre le nombre des procès : ils punissent le défendeur qui nie avoir donné prise à une demande, et cela dans des cas où sa persistance à méconnaître un acte auquel il a pris part implique nécessairement chez lui une idée de mauvaise foi.

Les *Sentences* de Paul (1) contiennent une énumération de ces actions *quæ adversus inficiantem duplantur*. Ce sont les actions *judicati*, *depensi*, *legati per damnationem relictæ*, *damni injuria legis Aquiliæ*, *de modo agrum a venditore emptor deceptus est*, auxquelles il convient de joindre l'action *depositi miserabilis*, l. I, § 1, D., XVI, 3. Ce jurisconsulte ajoute : *Ex his causis quæ inficiatione duplantur, pacto decideri non potest*. On refuse aux parties le droit de transiger sur de telles causes ; il fallait que celui qui s'était rendu coupable d'*inficiatio* ne pût échapper à la peine du double qu'il avait encourue. Toutefois, la transaction pouvait produire un effet : quand le défendeur avait versé entre les mains du demandeur une somme d'argent comme condition de la transaction, cette somme devait être retranchée du montant de sa dette. Cette prohibition de transiger n'a pas été reproduite par Justinien, ce qui nous amène

(1) T. XIX, liv. I.

à conclure qu'elle avait dû tomber en désuétude.

Nous avons dit que la peine du double en cas d'*inficatio* avait pour but de restreindre les procès en prévenant la résistance du défendeur à une demande bien fondée. Mais pourquoi cette peine ne s'applique-t-elle qu'à certaines actions? Dans la plupart de ces actions, tenant compte du formalisme rigoureux des Romains, on peut dire qu'il y a eu une double condamnation. Dans l'action *judicati* les deux condamnations sont prononcées par le juge. Nous trouvons également une double condamnation en ce qui concerne l'action *legati per damnationem relictæ* et l'action aquilienne, la première condamnation étant prononcée par le testateur dans le premier cas, par la loi Aquilia elle-même dans le second cas. Quant à l'action *depensi*, en l'absence d'un texte formel, nous pouvons cependant conclure qu'il en était de même, puisque Gaius (1) nous apprend qu'elle donnait lieu à une *manus injectio pro judicati* en faveur du *sponsor* qui n'était pas remboursé dans les six mois.

Cette explication ne peut s'appliquer ni à l'action *depositi miserabilis*, ni à l'action donnée contre le vendeur qui a exagéré la contenance du fonds

(1) Gaius, IV, § 22.

vendu. Ici nous croyons que la peine du double est destinée à punir la mauvaise foi du défendeur. Notre supposition se trouve confirmée pour ce qui est de l'action *depositi miserabilis*, par la loi 1, § 4, D. XVI,3: *Cum quis extante necessitate deponat, crescit perfidiæ crimen : et publica utilitas coercenda est, vindicandæ reipublicæ causa : est enim inutile in causis hujusmodi fidem frangere.*

Lorsqu'il y a aveu, on pourrait s'imaginer qu'il n'y aura jamais lieu à un procès. Ce serait une erreur : l'aveu porte sur le fait qui soumet le défendeur à une poursuite dans notre espèce sur le meurtre d'un esclave ou d'un quadrupède. Mais, s'il n'y a pas divergence entre les deux parties sur l'existence du fait générateur de l'obligation, il peut y en avoir une sur l'étendue de cette obligation, sur l'estimation du dommage. Dans ce cas le juge est donné non pour juger, mais pour estimer, car il n'y a rien à juger contre ceux qui avouent (1). Il en résulte que le juge n'aura à trancher aucune question de droit ; une question de fait sera seule à résoudre.

Cette punition *adversus inficiantem* devait effrayer ceux contre qui était intentée l'action *legis Aquiliæ*, et il pouvait arriver que, sous l'empire de cette crainte, une personne se reconnût coupable de

(1) L. 25 § 2 D., h. t.

meurtre, alors qu'elle en était innocente. Aussi cette situation n'a-t-elle pas échappé à l'examen des jurisconsultes romains.

La loi 23, § 11, s'exprime ainsi : Si quelqu'un avoue qu'il a tué un esclave tandis que cet esclave est vivant, la loi Aquilia ne s'applique pas, bien qu'il ait avoué un meurtre, car il n'était pas dans la nécessité de le faire. Et il en serait ainsi quand bien même l'esclave aurait succombé, par exemple, aux suites d'une maladie (1). La loi Aquilia ne s'applique pas davantage quand on a avoué avoir fait une blessure, et qu'il n'y a pas de blessure. D'ailleurs toute estimation est impossible : de quelle blessure ferait-on l'estimation ? A quelle époque se reporterait-on ?

Si nous supposons que le défendeur a par erreur avoué devant le magistrat un fait tombant sous le coup de la loi Aquilia, sera-t-il relevé de son erreur par la *restitutio in integrum* qu'accorde le préteur à celui qui a vu sa condamnation basée sur une erreur de fait ? Il faudrait résoudre la question par l'affirmative si nous nous en tenions aux principes généraux. La loi 4 *de confessis* déclare qu'il ne faut point appliquer ici la règle que l'on trouve dans la loi du même titre : *non fateatur qui errat*. La raison s'en trouve, dit M. de Sa-

(1) L. 23 pr. D., h. t.

vigny, dans le caractère de transaction imprimé à l'aveu qui protège le défendeur contre le risque d'être condamné à une double réparation.

Arrivé à la fin du premier chapitre et avant de passer à l'étude du second chef, nous tenons à examiner deux textes intéressants : l'un de Paul et l'autre de Papinien, qui supposent que l'auteur du dommage n'est autre que le créancier.

Voyons d'abord la loi 54 : il s'agit d'un stipulant ayant tué l'esclave qui lui avait été promis. Sera-t-il soumis à l'action de la loi Aquilia ? Suivant Papinien, une distinction est nécessaire : le créancier a-t-il tué l'esclave avant la mise en demeure, le débiteur subit un dommage, puisqu'on lui enlève la possibilité de se servir de l'esclave jusqu'au jour où il aura été mis en demeure, il peut intenter une action. Si au contraire le débiteur est en demeure, la *mora* équivaut dans l'espèce au paiement pour le créancier qui doit être considéré comme propriétaire ; dès lors, ayant tué son propre esclave, il ne sera pas soumis à la loi Aquilia : *nam creditor ipse sibi potius quam alii injuriam fecisse videtur*. Le seul résultat du meurtre sera donc de libérer le débiteur.

L'espèce que Paul examine dans la loi 55 est plus compliquée. Il s'agit d'une obligation alternative : on a promis l'esclave Stichus ou l'esclave Pamphile, le premier vaut 10 et Pamphile 20 ; le

créancier tue Stichus, et il le tue avant que le débiteur soit en demeure de payer. Il sera certainement soumis à la loi Aquilia; mais dans quelle mesure? Paul, partant de cette idée que le créancier doit être traité comme un étranger, donne action contre lui pour une valeur égale à celle de Pamphile que le débiteur se trouve désormais obligé de livrer. Stichus sera donc payé 20 et non 10, sa valeur vénale. Mais il se peut que Pamphile meure par cas fortuit, cela également avant la mise en demeure et avant que la condamnation pour meurtre ait été prononcée; la solution ne change pas. Bien plus, si Pamphile meurt le premier et accidentellement, et si Stichus est tué dans l'année de cette mort, le propriétaire obtiendra encore une condamnation égale à la valeur de Pamphile, c'est-à-dire à 20. En effet, il a droit à la plus haute valeur de Stichus dans l'année qui a précédé sa mort; or, durant cette année, le propriétaire avait à ne pas perdre Stichus un intérêt égal à la valeur de Pamphile, puisque, livrant l'un, il se libérait de l'obligation de livrer l'autre. Il est donc facile de comprendre la conclusion de Paul : *Etiam si post mortem Pamphili intra annum Stichus occidatur, pluriis videbitur fuisse.*

§ 2. *Second chef de la loi Aquilia.* — Le second

chef de la loi Aquilia ne retiendra pas longtemps notre attention. Justinien se borne à indiquer qu'il est tombé en désuétude en ces termes : *caput secundum legis Aquiliae in usu non est*; et c'est tout. Bien que dépourvus d'indication sur l'objet de ce second chef, les interprètes imaginèrent plusieurs théories en s'aidant du premier et du troisième chef. La lumière ne se fit que le jour où furent publiées les Institutes de Gaius. En 1816, Niebuhr découvrit cet ouvrage dans un palimpseste de la bibliothèque du chapitre de Vérone. Des savants allemands furent envoyés pour rechercher le texte primitif; ce furent MM. Gœschen, Becker et Bethmann-Hollweg qui publièrent, pour la première fois, les Institutes de Gaius à Berlin en 1820. Alors on put lire dans cet ouvrage (1) : *In capite secundo adstipulatorem qui pecuniam in fraudem stipulatoris acceptam fecerit, quanti ea res esset, tanti actio constituitur*. Inutile de dire qu'aucune des théories précédemment émises ne se trouvait d'accord avec la réalité; ce qui n'a d'ailleurs rien d'étonnant, car on ne peut guère s'expliquer comment ce second chef, si différent des deux autres, est venu se placer entre eux.

Il s'agit donc d'un *adstipulator* qui a fait *acceptilatio* en fraude des droits du créancier. Il nous

(1) Com. III, § 215.

faut, par suite, examiner brièvement les caractères de l'*adstipulatio* et son utilité. L'*adstipulatio* est un contrat accessoire qui vient se greffer sur la stipulation, contrat principal, et suppose comme celle-ci une interrogation et une réponse. C'était un mandat donné par le stipulant dans son intérêt exclusif. Elle servit d'abord à éluder cette vieille règle : *nemo alieno nomine lege agere potest*. L'*adstipulator*, en effet, n'agissait pas au nom d'autrui ; il poursuivait de son propre chef, puis rendait compte au créancier.

Quand, au VI^e siècle, la loi *Æbutia* vint remplacer les *legis actiones* par le système formulaire, l'*adstipulatio* servit alors à donner effet à la stipulation *post mortem meam*, stipulation considérée comme nulle, puisque le stipulant n'avait aucun intérêt à son exécution et que le droit ne devait pas naître en sa personne. Cette règle une fois admise, par suite des principes rigoureux qui régissaient la stipulation, la pratique y chercha des tempéraments et trouva l'*adstipulatio*, comme l'explique Gaius (1) : *Adstipulatorem vero feret unctum solum adhibemus, cum ita stipulamur ut aliquid post mortem nostram detur, quod cum stipulando nihil agimus, adhibetur adstipulator ut is post mortem nostram agat; qui si quid fuerit consecutus de resti-*

(1) Com. III, § 117.

tuendo eo mandati judicio heredi nostro tenetur.

Lorsque quelqu'un stipulait *post mortem suam*, cette stipulation était nulle selon le droit civil; mais elle valait comme cause d'obligation naturelle et pouvait par conséquent servir de base à une stipulation accessoire. Cette *adstipulatio* était valable : car l'*adstipulator* venait, lui, stipuler *post mortem alterius*, ce que le droit civil permettait. L'action que n'a pu acquérir le stipulant principal naît dans la personne de l'*adstipulator*, son mandataire, qui devra l'exercer et en rendre compte aux héritiers du mandant.

Mais il peut arriver que l'*adstipulator*, au lieu de poursuivre le recouvrement de ce qui a été promis, libère le débiteur sans rien recevoir et fraude ainsi le mandant et ses héritiers. Pour arriver à ce but, l'*adstipulator* fera *acceptilatio* au débiteur. L'*acceptilatio* est un mode d'extinction *verbis* des obligations formées *verbis* comme la stipulation, conformément à la règle exprimée par Gaïus en ces termes : *Omnia quæ jure contrahuntur, contrario jure pereunt* (1).

Cette *acceptilatio* frauduleusement faite par l'*adstipulator* est l'hypothèse prévue par le second chef de la loi Aquilia. L'*adstipulator* ne se trouve-t-il pas soumis à une autre action ? L'affirmative

(1) L. 100 D. 50, 17.

n'est pas douteuse, car nous avons vu que l'*adstipulatio* était un contrat accessoire qui impliquait nécessairement l'idée de mandat. Par conséquent, l'*adstipulator*, n'ayant pas rempli les obligations que lui imposait le mandat qu'il avait accepté, pourra être poursuivi par l'action *mandati directa*, — la condamnation qui interviendra est, remarquons-le, une condamnation infamante (1), parce qu'il est nécessaire que la mauvaise foi du mandataire infidèle soit punie sévèrement.

Etant donnée cette action *mandati directa*, on peut se demander à quoi sert l'action *legis Aquiliæ* : ne fait-elle pas double emploi ? Il suffit pour se convaincre de son utilité de se rappeler une des particularités que nous avons notées plus haut. L'action *legis Aquiliæ* est en effet de celles qui peuvent entraîner condamnation au double, *quæ adversus inficiantem duplantur*. Si donc l'*adstipulator* infidèle, ayant fait *acceptilatio* pour le montant intégral de la dette — qui s'élève, nous le supposons, à 100, — ne veut pas avouer qu'il a fait *acceptilatio*, on obtiendra contre lui par l'action aquilienne une condamnation à 200, tandis que l'action *mandati directa* n'eût fait obtenir que 100. De là ressort clairement l'utilité de l'action *legis Aquiliæ* ; dans tous les autres cas, ainsi que le fait

(1) L. 1 D. III, 2.

remarquer Gaius (1), l'action née du mandat suffit.

L'*adstipulatio* dut disparaître le jour où fut permise la stipulation *post mortem meam* : il devenait inutile de chercher un moyen détourné pour arriver à un but qu'on pouvait atteindre directement. Cette innovation fut l'œuvre de Justinien, qui admit la validité de ces stipulations, présumant chez les parties l'intention de reculer jusqu'après le décès de l'une d'elles la seule exigibilité du droit, et non pas sa naissance. C'est ce qui ressort de la loi unique du livre XIV, titre XI, du Code, où, après avoir rappelé la règle ancienne, Justinien ajoute : *Sed nobis necesse est ut liceat et ab heredibus et contra heredes incipere actiones*.

Il est par suite facile de comprendre pourquoi le second chapitre de la loi Aquilia est tombé en désuétude sous Justinien. Mais on comprendra moins bien comment il se fait que cet abandon soit également constaté dans un texte qui figure au Digeste sous le nom d'Ulpien : à l'époque où écrivait ce jurisconsulte, l'*adstipulatio* en effet existait encore. Il est probable que nous nous trouvons en présence d'une correction faite par les compilateurs du Digeste : ils ont relaté le droit de leur époque, sans remarquer quel anachro-

(1) Com. III, § 216.

nisme il y avait à mettre sous le couvert de l'autorité d'Ulpien une décision qui ne s'explique que par la réforme opérée sous Justinien.

§ 3. *Troisième chef de la loi Aquilia.* — Le troisième chef se rattache, lui, beaucoup plus étroitement au premier, et il donne action pour les dommages que celui-ci n'a pas prévus : *capite tertio de omne cætero cavetur*. C'est donc lui qui forme la règle, et le premier chef ne s'applique qu'exceptionnellement dans certains cas déterminés.

Voici le texte même de ce chapitre, tel qu'Ulpien le relate (1) : *Cæterarum rerum, præter hominem et pecudem occisos, si quis alteri damnum faxit, quod usserit, fregerit, ruperit injuria, quanti ea res erit in diebus triginta proximis, tantum æs domino dare damnas esto.*

Si on analyse le troisième chef, on peut dire qu'il prévoit et punit.

1° Le dommage qui atteint un esclave ou un des animaux précédemment indiqués dans le premier chef, lorsque ce dommage n'entraîne pas la mort. Cependant, si un esclave blessé est mort faute de soins, on agira d'après le troisième chef de la loi Aquilia (2) ; car, à vrai dire, la cause de

(1) L. 27 § 5 D., h. t.

(2) L. 30 § 4 D., h. t.

sa mort n'est pas sa blessure : c'est l'incurie de son maître qui n'a rien fait pour obtenir sa guérison ;

2° Le dommage qui atteint un autre animal quelconque, que la mort s'ensuive ou non ;

3° Enfin le dommage qui porte sur une chose inanimée, mobilière ou immobilière, détruite ou simplement détériorée.

En combinant les divers chefs de la loi Aquilia on peut les ramener à un but commun : la protection de la propriété par la punition des tiers qui y ont porté atteinte. Le second chef de la loi Aquilia entrerait lui-même dans cet ordre d'idées en s'occupant de la destruction d'une créance, fait d'un *adstipulator* infidèle.

Le texte de la loi dit : *si quid enim ustum aut ruptum aut fractum fuerit*. A ce propos, Justinien, suivant l'exemple de Gaius, remarque qu'il était inutile d'employer ces trois expressions, alors qu'une seule d'entre elles — *ruptum* — suffisait amplement : *ruptum autem intelligitur quod quoquo modo corruptum est*(1). Il n'est pas rare d'ailleurs de voir la loi, ayant énuméré certains faits spéciaux, ajouter un terme général qui les embrasse tous. Aussi ce reproche est-il un peu sévère dans la bouche de Justinien : il eût pu se l'adresser à lui-

(1) Inst., § 13.

même en relisant ses Constitutions qui ne brillent certes pas par le laconisme.

Voyons quand s'appliquera le troisième chef. Une action est donnée par lui contre celui qui a infligé à un esclave des coups ou des blessures non susceptibles d'entraîner la mort. L'action aquilienne est également donnée contre celui qui a incendié une maison ; et cette action appartient non seulement au propriétaire, mais encore aux locataires, qui peuvent réclamer une indemnité pour leurs effets incendiés. Peu importe d'ailleurs, au point de vue de la loi Aquilia, que l'auteur de l'incendie ait agi intentionnellement ou n'ait à se reprocher qu'une imprudence.

Suivant Celsus, on peut agir par la loi Aquilia contre celui qui a répandu le vin, l'a frelaté ou encore l'a rendu aigre, parce que ces divers dommages rentrent dans l'appellation commune de *corruptum* (1). Mais l'action n'est pas accordée, suivant ce même jurisconsulte (2), lorsque la chose n'est ni détruite, ni changée, et qu'on s'est borné à la mélanger avec un corps étranger dont il est difficile de la séparer. C'est ce qui a lieu quand on a mélangé le blé ou l'ivraie d'autrui avec l'avoine d'une autre personne. Comme l'on se trouve en dehors des termes de la loi, l'action

(1 et 2) L. 27 §§ 15 et 14 D., h. t.

directe ne peut être donnée. Cette solution n'était pas universellement admise : nous en trouvons une contraire dans le § 20 de la même loi.

Toute blessure à coups de verges ou de fouet sur un esclave donne lieu à l'action, pourvu qu'elle n'ait pas été faite sur un esclave n'ayant aucune valeur : il n'y aurait pas alors de dommage. Dans ce dernier cas on ne pourrait qu'agir par l'action d'injures ; et encore faudrait-il qu'en frappant on ait eu l'intention d'outrager le maître de l'esclave. D'ailleurs, en supposant même que l'esclave n'ait subi aucune diminution de prix à la suite de ces coups, si des dépenses ont été faites pour le soigner, il en résulte un dommage dont la réparation pourra être poursuivie par la loi Aquilia (1).

Lorsqu'une personne fait tomber des deniers de la main d'autrui, la loi Aquilia s'appliquera si ces deniers ont été perdus, par exemple s'ils sont tombés dans un fleuve. Si au contraire quelqu'un s'en est emparé, le propriétaire des deniers le poursuivra comme voleur. Mais au cas où, par suite de l'insolvabilité du voleur, il ne pourrait se faire indemniser complètement par lui, il pourra, croyons-nous, se retourner contre l'auteur du dommage et le poursuivre par la loi

(1) L. 27 § 17 D., h. t.

Aquilia afin d'obtenir une réparation integrale.

Il ne suffit pas qu'il y ait eu dommage : pour le troisième chef comme pour le premier, il faut que le dommage ait été causé *injuria*. Quelques exemples ajoutés à ceux que nous avons déjà donnés achèveront de montrer comment les juriconsultes romains comprenaient cette règle.

Si quelqu'un a chargé un mulet sans raison et que ce mulet se soit rompu un membre, il y a lieu à l'application de la loi Aquilia (1). De même lorsqu'on a cueilli une olive, coupé du raisin ou du blé avant maturité (2). Il en serait différemment si ces produits étaient mûrs, car il n'y a pas *damnum* lorsqu'on fait don des frais qui auraient été employés à recueillir ces divers fruits. Nous supposons que celui qui les a détachés du sol les a remis au propriétaire, ou du moins les lui a laissé prendre ; s'il s'en était emparé, il serait soumis à l'action *furti*. Octavénus suppose que les raisins ont été jetés par terre et se sont écrasés : ici l'action *legis Aquiliæ* naît ; mais elle provient de ce dernier fait et non du fait d'avoir cueilli des raisins mûrs.

La même solution doit être donnée pour les arbres d'une forêt, suivant qu'ils ont été ou non coupés trop tôt.

(1 et 2) L. 27 §§ 23 et 25.

Le paragraphe 28 de la loi 27 contient une hypothèse assez bizarre. Une augmentation de valeur, suppose-t-on, résulte du traitement barbare infligé à l'esclave ; le maître ne peut par suite réclamer une indemnité ; mais on lui permet d'intenter l'action d'injures.

Un artisan ayant été chargé de ciseler une coupe avec des métaux qu'on lui avait remis, devra-t-il, la coupe ayant été brisée, être soumis à la loi Aquilia ? Il faut distinguer : a-t-il commis une maladresse, on pourra le poursuivre ; mais si le vase s'est brisé par suite de fentes, l'artisan n'aura aucune responsabilité, parce que, en pareil cas, il est d'usage de convenir que l'artisan ne façonnera pas les matières à ses risques et périls, — clause qui enlève et l'action *locati* et l'action *legis Aquiliæ* (1).

Lorsqu'une pierre tombée d'une voiture a blessé quelqu'un ou brisé quelque chose, action est donnée contre le voiturier, si la pierre est tombée parce qu'elle avait été mal placée (2).

Le § 34 suppose que, un esclave ayant été loué pour conduire une mule, celle-ci s'est emportée et dans son élan impétueux s'est blessée après avoir rompu le pouce de l'esclave. Il s'agit de déter-

(1) L. 27 § 29.

(2) L. 27 § 33.

miner les responsabilités. Est-ce la faute de l'esclave qui n'était pas apte à conduire, le maître de la mule pourra agir d'après la loi *Aquilia* contre le propriétaire de l'esclave. Mais si la mule s'est emportée parce que quelqu'un l'a effrayée, alors celui qui l'aura effrayée sera soumis à l'action *legis Aquiliæ*; il pourra être poursuivi et par le maître de l'esclave et par le maître de la mule, tous deux ayant éprouvé un dommage par son fait.

Lorsqu'une chose aura été abîmée, en tombant soit dans un piège, soit dans une fosse creusée pour prendre des animaux sauvages, il y aura lieu d'examiner si ce danger pouvait ou non être évité; et dans le second cas l'auteur du dommage sera soumis à la loi *Aquilia*: il en est ainsi lorsque les fosses ont été creusées ou les pièges tendus sur une voie publique.

Le § 1 de la loi 29 contient deux décisions contradictoires. Proculus, supposant que le propriétaire d'une maison a détruit la saillie d'un toit qui s'élevait sans droit au-dessus de sa maison, permet d'intenter contre lui l'action aquilienne: en effet, il devait agir contre le propriétaire du toit pour prouver qu'il n'avait pas droit à cette avancée; étant dans son tort, il doit réparation du dommage causé.

Tout autre est la décision contenue dans un

rescrit de l'empereur Sévère, par lequel celui dont la maison est traversée par un aqueduc qui s'étend au delà de la servitude peut l'interrompre là où il devrait s'arrêter. Sévère et avec lui Ulpien considèrent que le propriétaire de la maison est dans son droit en détruisant les travaux qui empiètent sur son bien.

De ces opinions contraires, il est permis de conclure qu'une controverse sur ce point a dû diviser les jurisconsultes romains. Ce n'est sans doute qu'une des phases de la grande lutte entre l'école Proculienne et l'école Sabinienne, dont Ulpien, en cette espèce, adopte la doctrine. Pour nous, malgré l'autorité de ce jurisconsulte, nous n'hésitons pas à préférer l'opinion de Proculus : un des principes fondamentaux de toute société consiste à refuser aux citoyens le droit de se faire justice eux-mêmes. — C'est en ce sens que Paul a écrit (1) : *Non est singulis concedendum quod per magistratum publice possit fieri, ne occasio sit majoris tumultus faciendi.* — Si leurs droits sont lésés, qu'ils s'adressent aux magistrats chargés de protéger leurs personnes et leurs biens. En agissant autrement on peut dire que, outrepassant leur droit, ils ont causé un dommage *injuria* et que la loi Aquilia doit s'appliquer.

(1) L. 176 D. 50, 17 ; dans le même sens, L. 52 § 1 *in fine*.

Lorsqu'un navire a heurté une nacelle et l'a endommagée, on devra examiner si les matelots pouvaient empêcher l'accident : s'ils sont en faute, le maître de la nacelle pourra intenter contre eux l'action *legis Aquiliæ* ; mais si c'est par suite d'un cas fortuit, comme la rupture d'une corde, que le navire est venu frapper la barque, il n'y a pas d'action (1).

Si quelqu'un a mis le feu à son chaume ou à son épine et que le feu, s'étant étendu plus loin, ait endommagé le blé ou la vigne d'autrui, on devra rechercher s'il y a eu faute ou même négligence. Lorsque le feu a été mis par une journée de vent, une faute a été commise : on devait veiller sur le feu pour l'empêcher d'étendre ses ravages. Aucune faute n'a été commise, lorsqu'un vent violent, s'élevant tout à coup, a poussé le feu plus loin (2).

Quintus Mucius suppose qu'une jument pleine qui paissait sur le terrain d'autrui en a été chassée, puis a avorté. Il se demande si son maître pourra agir par la loi *Aquilia* contre celui qui l'a mise dehors : oui, dit-il, si la jument a été frappée ou mise dehors trop violemment. En effet, quand quelqu'un trouve dans son champ le

(1) L. 29 § 3 D., h. t.

(2) L. 30 § 3 D., h. t.

troupeau d'autrui, il doit ou le mettre dehors comme s'il s'agissait du sien, ou avertir le propriétaire de le reprendre ; et si quelque dégât lui a été causé, il aura une action de son chef (1).

La loi Aquilia, ne punissant que le dommage causé *injuria*, ne s'applique pas à celui qui a été fait sous l'impulsion d'une grande violence. On peut donner l'exemple cité par Celsus (2) : un propriétaire ayant renversé les maisons voisines de la sienne pour enrayer les progrès d'un incendie, la loi Aquilia ne s'appliquera pas, car il a été effrayé à bon droit.

Nous trouvons dans la loi 52, § 2, un exemple où l'on montre quand une personne est considérée comme étant en état de légitime défense. Un aubergiste avait placé la nuit dans un sentier une lampe sur une pierre. Un passant s'en étant emparé, l'aubergiste le poursuivit et l'atteignit. Le fugitif, voulant se dégager, frappa l'aubergiste avec un fouet : la lutte de s'envenimer, et le voleur eut un œil percé. Si l'aubergiste n'a pas percé l'œil exprès, il ne doit pas être considéré comme ayant agi *injuria* : celui-là est en faute qui a frappé le premier.

Le même jurisconsulte, Alfénus, examine l'hy-

(1) L. 39 D., h. t.

(2) L. 49 § 1 D., h. t.

pothèse suivante : plusieurs personnes jouant à la balle, l'une d'elles, en se lançant pour la recevoir, fait tomber un petit esclave et lui casse la jambe. Le maître de l'esclave peut-il agir d'après la loi Aquilia ? Non, dit Alfénus, car cela provient plutôt d'un accident que d'une faute. Cette solution, telle qu'elle résulte du texte, est peut-être trop absolue. Elle nous semble devoir être combinée avec la règle posée par Paul dans la loi 10 : *lusus quoque noxius in culpa est*.

Ayant déterminé quand l'auteur du dommage volontaire ou involontaire est considéré comme ayant agi *injuria*, nous savons quel sera le sujet passif de l'action, quel sera le défendeur. Quel sera le sujet actif, c'est-à-dire le demandeur ?

La réponse est la même ici que dans le premier chef : l'action appartient au propriétaire de la chose détruite ou endommagée. C'est ainsi que celui à qui des vêtements ont été prêtés en commodat ne peut agir par la loi Aquilia s'ils ont été déchirés, car il n'est pas propriétaire (1). Toutefois, il est une personne qui est mise sur la même ligne que le propriétaire : le possesseur de bonne foi. Sa bonne foi lui fait obtenir les mêmes prérogatives que celles du véritable propriétaire. Cela va si loin que l'action lui est donnée même

(1) L. 11 § 9 D., h. t.

contre le propriétaire de l'esclave qu'il possède de bonne foi, lorsque cet esclave a été blessé par un de ceux qui appartiennent à son véritable maître, ainsi que le rapporte Javolénus dans la loi 38.

Quel est le montant de la condamnation qui sera prononcée ? L'auteur du dommage doit être condamné *non quanti in eo anno sed quanti in diebus triginta proximis ea res fuerit*. Le mot « *plurimi* » n'ayant pas été inséré dans la teneur du troisième chef, certains auteurs, au dire de Gaïus (1), soutinrent que le juge pouvait condamner soit d'après la plus haute, soit d'après la plus faible valeur de l'objet durant les trente jours qui avaient précédé le dommage. Le silence du législateur aurait dû suffire cependant pour faire comprendre à tous que les règles applicables à l'estimation de la condamnation dans le premier chef devaient également s'appliquer au troisième chef, sauf la réduction d'un an à trente jours, — réduction qui se justifie, parce que le troisième chef protège des objets de moindre valeur que le premier ou atteint des faits moins graves. C'est là l'idée que Sabinus soutint et fit prévaloir. Le juge doit donc prendre la plus haute valeur de la chose durant les trente jours précédents,

(1) Com. III, § 218.

tout comme, d'après le premier chapitre, il doit prendre la plus haute valeur de la chose dans l'année.

Lorsque l'animal n'a été que blessé, lorsque la chose est seulement endommagée, mais non détruite, il nous paraît impossible que le juge condamne le délinquant au montant intégral de la plus haute valeur qu'a eue dans le mois la chose détériorée. Les textes ne s'expliquent pas formellement sur ce point ; mais peut-on admettre un instant que le demandeur puisse obtenir comme réparation le prix intégral d'un esclave légèrement blessé ? Poser la question, c'est la résoudre : rien n'autorise, étant donné le silence du texte, à aggraver ainsi la situation du défendeur. Le juge devra prendre la plus haute valeur dans le mois qui a précédé la blessure, puis se demander de combien cette valeur se trouverait diminuée par suite du délit. Du reste, il ne serait pas impossible que la condamnation dépassât la valeur totale qu'avait la chose au moment même où s'est produit le *damnum injuria datum*.

Ici, comme dans le premier chef, le juge devra tenir compte non seulement de la valeur vénale de l'objet endommagé, mais encore de l'intérêt qu'avait le propriétaire à ce que le *damnum* n'eût pas été commis, sans toutefois se préoccuper de la valeur d'affection. Ainsi, en supposant qu'un

cheval faisant partie d'un attelage à deux ou à quatre ait été blessé, le propriétaire pourra réclamer, outre l'estimation du dommage en lui-même, une somme égale à la dépréciation qu'a subie son attelage.

Lorsqu'on a détruit un *chirographum* d'après lequel une somme d'argent était due sous condition, et lorsque cette destruction peut se prouver à l'aide de témoins qui peut-être n'existeront plus au moment de la réalisation de la condition, la loi Aquilia s'applique. Le demandeur obtiendra une condamnation égale à sa créance ; mais il n'aura le droit d'exiger le paiement qu'après la réalisation de la condition. Si celle-ci ne se réalise pas, la condamnation ne produira aucun effet, ou pour mieux dire elle sera anéantie puisqu'il n'y aura pas eu de dommage (1). Quand il s'agit d'un testament détruit, une solution analogue doit être donnée à l'égard de l'héritier ou des légataires : pour eux un testament est presque un *chirographum* (2).

Pomponius décide, et avec raison, que celui qui détruit un testament n'est pas poursuivi pour vol, mais seulement par la loi Aquilia, lorsque son but a été de causer un dommage et non d'ar-

(1) L. 40 D., h. t.

(2) L. 41 pr. D., h. t.

river à soustraire à son profit tout ou partie des biens. En effet le *furtum* exige l'*animus furandi*.

La *contrectatio*, déterminée par le simple désir de nuire, ne constitue pas un *furtum*. C'est pourquoi la loi des XII Tables a créé l'action *arborum furtim cæsarum* contre celui qui coupe clandestinement les arbres d'autrui, sans pour cela avoir le dessein de se les approprier, et qui par conséquent échappe à l'action *furti*.

Cette action *arborum furtim cæsarum* entraînait une condamnation au double du dommage causé(1). Le délit qu'elle réprime fut compris plus tard dans le troisième chef de la loi Aquilia dont nous avons fait remarquer toute l'extension résultant de la généralité des termes employés au texte. D'ailleurs la loi du titre *arborum furtim cæsarum* indique que l'action *legis Aquiliæ* est donnée elle aussi dans cette occurrence. C'est un point sur lequel nous reviendrons quand nous étudierons les règles qui régissent le concours des actions.

CHAPITRE III

EXTENSION DONNÉE A LA LOI AQUILIA

Il faut, avons-nous dit, pour que l'action *legis Aquiliæ* puisse avoir lieu que le dommage ait été

(1) L. 8 §§ 1 et 2 D. XLVII, 7.

causé *corpori et corpore*, ainsi qu'il résulte du § 16 des Institutes. Dans le développement de cette double condition, nous n'avons pas à nous occuper du second chef qui s'applique à une hypothèse toute spéciale.

On dit que le dommage a été causé *corpore*, lorsqu'il résulte immédiatement du fait matériel du délinquant. Ainsi, lorsque quelqu'un, poussé par un autre, a causé un dommage, — si, par exemple, mort s'en est suivie, — Proculus décide que celui qui a poussé n'est pas tenu parce qu'il n'a pas tué, et que celui qui a été poussé n'est pas tenu non plus parce qu'il n'a pas causé injustement un dommage (1).

Un peu plus loin, au § 6 de la même loi, nous voyons qu'il importe beaucoup de savoir si on a tué ou si on a fourni seulement la cause de la mort. Celsus cite celui qui a donné à un esclave du poison comme remède, celui qui a tendu à un fou furieux une épée dont il s'est transpercé : ils n'ont fait que fournir la cause de la mort et ne seront pas soumis à la loi Aquilia.

Il en serait différemment de celui qui aurait précipité une personne du haut d'un pont. Il serait soumis à l'action aquilienne, soit que la victime ait péri par suite de la chute, soit qu'elle

(1) L. 7 § 3 D., h. t.

ait été engloutie subitement, soit qu'elle ait disparu, lassée et vaincue par le courant (1).

Lorsqu'on a fait mourir un homme de faim, lorsque, en excitant un cheval, on l'a fait précipiter dans un fleuve et que l'esclave qui le montait a péri, lorsqu'un esclave a été entraîné dans un piège par quelqu'un et tué par une autre personne, on ne peut pas dire que l'auteur de ces divers faits a causé un dommage *corpore* : la loi Aquilia ne l'atteindra donc pas.

La distinction contenue dans le § 5 de la loi 11 peut servir à bien faire comprendre quand le dommage est causé *corpore* et quand il ne l'est pas. Lorsque quelqu'un a excité un chien au point de lui faire mordre un esclave, il n'est pas soumis à la loi Aquilia. Mais, s'il a tenu le chien pour qu'il mordît l'esclave, le dommage est considéré comme causé *corpore* : c'est l'homme qui est le véritable auteur de la morsure ; le chien n'a été que son instrument : la loi Aquilia devra donc s'appliquer.

Le dommage n'est pas non plus causé *corpore* lorsqu'on a détruit les abeilles d'autrui en les enfumant (2), ou lorsqu'on a poussé les bœufs d'autrui sur un lieu étroit où ils sont tombés et

(1) L. 7 § 7 D., h. t.

(2) L. 49 pr. D., h. t.

par suite se sont blessés(1) : dès lors la loi Aquilia ne s'appliquera pas. Jusqu'ici nous avons supposé que le dommage n'avait pas été causé *corpore* ; nous avons à examiner maintenant dans quelle hypothèse il n'a pas été causé *corpori*.

Pour qu'il y ait *damnum corpori datum* il faut que le dommage consiste en une lésion matérielle que subit la chose. Sans doute, il est rare qu'une chose ait été abîmée ou détruite sans qu'il y ait eu lésion matérielle. Cependant, le fait n'est pas impossible, ainsi que le prouve le second alinéa du § 16 des Institutes. Justinien suppose que, un maître ayant enchaîné son esclave, quelqu'un, touché de compassion, l'a délié, et qu'alors l'esclave s'est enfui. Un dommage a été causé au maître de l'esclave, et cependant *nullum corpus læsum fuit*. Remarquons que celui qui a délié l'esclave a cédé uniquement à un sentiment de pitié, — *misericordia ductus* ; — s'il avait eu pour but de lui permettre de s'enfuir, complice du *furtum*, il serait soumis à l'action *furti*, conformément à la décision rapportée par Ulpien : *si non misericordia ductus fecisti, furti teneris* (2).

Ainsi le dommage causé *non corpore* et le dommage causé *non corpori* ne sont pas prévus dans

(1) L. 52 § 4 D., h. t.

(2) L. 7 § 7 D. IV, 4.

la loi Aquilia. Est-ce à dire qu'ils vont rester impunis? Non certes; car, si la législation civile des Romains est immuable, il est une autre branche de leur droit qui croît parallèlement, qu'on pourrait appeler la législation coutumière romaine, et qui prend naissance dans les réponses des Prudents et les édits des magistrats; notamment des préteurs.

Les lois, en effet, restant stationnaires malgré leurs imperfections, malgré les progrès des mœurs, des corrections, des extensions étaient absolument nécessaires. Alors se forme le droit honoraire, qui prend sa source principalement dans l'édit du préteur, rendu dès le début de chaque magistrature; *adjuvandi vel supplendi vel corrigendi juris civilis gratia propter utilitatem publicam* (1).

Pour bien comprendre l'extension que reçut la loi Aquilia, il nous faut examiner, aussi brièvement que possible, les procédés employés par le préteur; et pour cela, nous nous placerons sous le système formulaire.

Outre qu'il rend son édit, le préteur donne la formule, c'est-à-dire institue un juge et détermine quels seront ses pouvoirs.

Lorsque l'action est donnée, conformément aux

(1) L. 7 § 1 D. I, 1.

prévisions littérales d'un texte, on dit que cette action est *directa*. Nous avons vu quelles étaient les conditions nécessaires pour l'obtention de l'action *legis Aquiliæ directa*. Si une de ces conditions fait défaut, et si néanmoins la même action est donnée, ce ne sera plus par une exacte application de la règle, mais par un motif d'utilité pratique; c'est pour cela que cette action sera appelée *utilis*.

L'action utile n'est qu'une copie de l'action directe dont elle emprunte et le nom et les règles. Cette action se présente tantôt sous la forme d'une action fictice, tantôt sous la forme d'une action *in factum*.

L'action fictice se caractérise par une supposition ou fiction exprimée dans la formule. Leur introduction est facile à expliquer : il a suffi au préteur d'introduire une fiction dans la *demonstratio* de la formule pour rentrer dans l'hypothèse prévue par l'action directe.

L'introduction des actions *in factum* a dû être plus longue; car elles impliquent une innovation bien plus considérable. Voici quel fut vraisemblablement leur mode d'introduction : Il y avait à Rome deux préteurs : le préteur urbain, qui rendait la justice entre les citoyens; le préteur pérégrin, qui s'occupait des affaires des étrangers. Quand un de ces derniers demandait justice, il

est évident qu'il ne pouvait se prévaloir de droits réservés aux citoyens. Le préteur pérégrin devait donc seulement ordonner au juge de condamner sur simple constatation d'un fait. Or, les deux préteurs avaient même compétence et pouvait se remplacer l'un l'autre. Par suite, quand les citoyens s'adressèrent au préteur pérégrin, celui-ci leur donna des formules *in factum* dont ils prirent ainsi l'habitude.

Ce qui favorisa l'extension de ces sortes d'actions, ce fut qu'on pouvait ainsi étendre le champ d'application d'une action sans recourir à une fiction. En outre, certaines actions ne pouvaient, à raison de leur caractère, être intentées par telle ou telle personne : ainsi un affranchi ne pouvait intenter contre son patron l'action de dépôt, parce qu'elle était infamante. Que fait le préteur ? Il lui donne une action *in factum*.

La formule de ces actions est *concepta in factum*, par opposition aux actions fictives dont la formule est, en principe, *concepta in jus*. La formule *in factum* sert : soit à créer des actions utiles, soit à créer des actions s'écartant de tous les types déjà connus : — action *de constituta pecunia, de dolo*, — soit à permettre au préteur de donner une action *in factum* comme voie subsidiaire dans des cas où il ne veut ou ne peut pas donner l'action *de dolo*. Cette dernière action est donnée lorsqu'un

préjudice a été causé à autrui par simple faute et que la réparation ne peut être obtenue par aucune voie de droit commun.

Il importe de ne pas confondre l'action *utilis in factum* et cette action *in factum* subsidiaire de l'action *de dolo*. Nous verrons plus loin quelles différences profondes les séparent.

Plusieurs textes mentionnent cette action *in factum* subsidiaire. Dans les *Institutes*, le § 44, IV, 1, donne une action *in factum* contre celui qui a fait fuir les bœufs d'autrui, de telle sorte qu'un voleur s'en est emparé, *si id per lasciviam et non data opera ut furtum admitteretur factum est*. La loi 7, § 7, D. IV, 3, donne la même action contre celui qui, *misericordia ductus*, a délié l'esclave d'autrui et lui a permis de s'enfuir. Le texte le plus formel est la loi 14, pr. D., XIX, 5, qui indique bien l'utilité de cette action subsidiaire : elle suppose que quelqu'un a jeté à la mer les marchandises d'autrui pour sauver les siennes, et décide qu'il n'est soumis à aucune action. Mais, s'il l'avait fait sans que les siennes fussent en péril, que faudrait-il décider ? La loi répond ainsi : *Si sine causa id fecisset, in factum : si dolo, de dolo tenetur*. L'action *in factum* nous apparaît donc bien ici avec son caractère d'action subsidiaire de l'action *de dolo*.

C'est avec le même caractère que nous la

retrouvons dans un texte de Proculus (1). Nous la retrouverons également plus loin aux Institutes de Justinien. Cela étant, voyons comment le préteur, muni de ces procédés extensifs, arrivera à punir des faits qui ne rentrent pas dans l'action directe de la loi Aquilia.

Supposons d'abord un dommage causé *corpori sed non corpore*. Ainsi Numerus Negidius effraie par de grands cris les bœufs d'Auli Agerii, et ils tombent dans un précipice. Aulus Agerius mènera Numerum Negidium devant le préteur *in jus*, et se fera délivrer la formule de la loi Aquilia ainsi conçue : *N. judex esto. — Quod Numerus Negidius Aulo Agerio injuria corpori sed non corpore fecit, quidquid eam ob rem paret Numerum Negidium Aulo Agerio dare oportere, quanti ea res erit ex bona fide judex condemna; nisi paret, absolvito*. Muni de cette formule, le demandeur va devant le juge. Celui-ci, après examen des faits, considérant qu'on ne se trouve pas dans un cas prévu par la loi Aquilia, renverra le défendeur absous.

Alors le préteur, se conformant à l'opinion publique qui réclame la répression du délit, pensant, d'ailleurs, qu'il est juste de faire rentrer dans la répression aquilienne un dommage qui n'en diffère que sur un point, — il ne suppose

(1) L. 55 D. XLI, 4.

pas le fait matériel du délinquant, — le préteur, disons-nous, donnera une action utile. Mais de quelle manière sera conçue la formule? Sera-ce une action *utilis fictitia* ou une action *utilis in factum*? La réponse se trouve dans la loi 11, D. XIX, 5, où Pomponius nous dit qu'il y a des actions *in factum* que le préteur donne conformément à une loi qu'il veut étendre; et il ajoute : *Quod facit in lege Aquilia, reddendo actiones in factum accommodatas legi Aquiliæ; idque utilitas ejus legis exigit*. Ce texte indique, d'une façon formelle, que l'action utile de la loi Aquilia est conçue *in factum*. Voici, par suite, quelle sera la formule délivrée par le préteur : *N. judex esto. — Si parte Numerum Negidium damnum Aulo Agerio injuria corpori sed non corpore fecisse, quanti ea res erit ex bona fide judex condemna; nisi paret, absolvito*.

Le juge se trouve ici en présence d'une action utile, c'est-à-dire d'une extension de la loi Aquilia. Par conséquent, la condamnation qu'il devra prononcer sera la même que celle qu'il prononcerait par l'action directe; et les effets de la condamnation — par exemple, en ce qui concerne la transmissibilité — seront les mêmes. On peut dire, en un mot, que cette action utile, n'étant qu'une copie, est soumise aux mêmes règles que l'original, l'action directe.

Supposons maintenant un *damnum non corpori*

sed corpore datum. Ainsi Numerus Negidius, *misericordia ductus*, détache l'esclave d'Auli Agerii, et cet esclave s'enfuit. Aulus Agerius mènera devant le préteur le délinquant et réclamera une formule. On se trouve ici hors du texte de la loi; et il est impossible de se fonder sur l'esprit de la loi pour en étendre les dispositions : le mot *rumpere*, contenu dans le texte et sur lequel la plupart des jurisconsultes ont disserté, indique trop formellement qu'il faut de toute nécessité qu'un dommage matériel ait été subi. Se trouvant en dehors non seulement de la lettre, mais encore de l'esprit de la loi, que fera le préteur? Il appliquera l'idée qui est renfermée dans la loi 14 pr., D. XIX, 5, et qui pourrait se formuler ainsi : Toutes les fois qu'un dommage, causé sans droit, ne peut être réparé par aucune autre voie légale, le préteur accorde l'action *de dolo*, s'il y a *dol*; sinon, une action *in factum*. Partant de là, comme le dommage que nous examinons n'est le résultat que d'une imprudence, le préteur donnera cette action *in factum*, subsidiaire de l'action *de dolo*, dont nous avons parlé plus haut.

D'après ce que nous venons de dire, il existe une différence radicale, absolue, entre l'action *utilis in factum*, qui frappe le *damnum corpori sed non corpore datum*, et l'action *in factum*, atteignant le *damnum non corpori sed corpore datum*. La pre-

mière n'est prétorienne que par sa naissance; pour tout le reste, elle emprunte les règles de l'action directe de la loi Aquilia, sur qui elle a été calquée. La seconde, au contraire, a été créée de toutes pièces par le préteur. Comme le but poursuivi par ce magistrat a été de combler une lacune que l'action *de dolo* ne pouvait suffire, elle seule, à combler, c'est de cette dernière action qu'elle se rapproche : comme elle, elle s'applique à la totalité du préjudice; comme elle, elle n'est ni perpétuelle, ni transmissible passivement. Sur un point important, notons une différence : l'action *de dolo* est infamante, tandis que l'action *in factum* subsidiaire ne l'est pas.

On voit maintenant quel intérêt il y a à distinguer l'action *in factum utilis* de l'action *in factum* subsidiaire. Avec celle-ci la condamnation ne dépasse jamais le préjudice. Par l'action utile de la loi Aquilia, la condamnation se détermine d'après les règles que nous avons posées en étudiant l'action directe. C'est ce qu'un exemple fera mieux ressortir.

Ainsi, nous supposons, avec la loi 53, que quelqu'un a poussé sur un lieu étroit un bœuf appartenant à autrui, que ce bœuf est tombé dans un ravin et s'est tué. Nératius accorde au propriétaire une action *ad exemplum legis Aquiliæ*. Il s'agit donc bien d'une action utile, et cela est

conforme à ce que nous avons dit, puisque le dommage a été causé *corpori sed non corpore*. Qu'obtiendra le propriétaire? Comme nous sommes ici dans une hypothèse semblable à celles que prévoit le premier chef de la loi Aquilia, le juge devra condamner le délinquant à la plus haute valeur atteinte par ce bœuf dans l'année précédente. Au cas où le bœuf, ayant valu 600 onze mois avant sa mort, ne vaudrait plus à ce jour que 200 par suite d'un accident, la condamnation se chiffrerait néanmoins par 600.

Mais si le dommage avait été causé *non corpori*, si, par exemple, au lieu de pousser l'animal dans un précipice, j'avais par négligence laissé ouverte la barrière du pré où il était enfermé et qu'il se fût sauvé, je serais soumis seulement à l'action *in factum*, subsidiaire de l'action *de dolo*, qui m'obligerait à dédommager le propriétaire, c'est-à-dire que la condamnation s'élèverait à 200 et non à 600. Enfin, si j'avais agi ainsi, non par négligence, mais par dol, c'est l'action *de dolo* qui appartiendrait au propriétaire lésé.

L'intérêt de notre distinction se retrouve encore pour l'application de la règle : *in duplum crescit adversus inficiantem*. Nul doute que cette règle ne s'applique à l'action utile, tandis qu'elle nous semble inapplicable à l'action *in factum* : c'est

une véritable pénalité, on ne peut l'étendre hors des hypothèses prévues.

La théorie que nous venons d'exposer trouve sa justification dans les différents textes qui l'accompagnent, dans l'historique des modes d'innovation des prêteurs. Elle trouve aussi et surtout son fondement dans le § 16 des Institutes, où Justinien distingue d'une façon formelle le dommage causé *corpori sed non corpore* et le *damnum non corpori sed corpore datum*. Analysons ce texte.

Dans le premier alinéa, Justinien indique d'abord que l'action directe de la loi Aquilia est accordée, *si quis præcipue corpore suo damnum dederit*; il ajoute : *In eum qui alio modo damnum dederit, utiles actiones dari solent*. Puis viennent les exemples qui tous supposent un *damnum* causé *corpori sed non corpore* : il s'agit, entre autres, de quelqu'un qui a persuadé à l'esclave d'autrui de monter à un arbre ou de descendre dans un puits; ce faisant, l'esclave s'est tué ou blessé; une action utile est donnée contre l'instigateur de cette malencontreuse action.

Le second alinéa s'occupe du dommage causé *non corpori*, et Justinien s'exprime ainsi : *Cum non sufficit neque directa neque utilis Aquilia, placuit eum qui obnoxius fuerit, in factum actione teneri*.

Nous avons tenu à analyser soigneusement ce § 16, parce qu'il est d'une importance capitale dans le débat qui va s'élever.

En effet, la doctrine que nous venons d'exposer a été combattue par un grand nombre d'interprètes du droit romain. D'après eux, l'action *in factum*, dont parle le second alinéa du § 16, ne serait pas autre chose que l'action utile de la loi Aquilia, et ils assimilent le dommage causé *non corpori* au dommage qui a lieu *non corpore*. Comment pareille controverse a-t-elle pu s'élever en présence du texte si catégorique des Institutes traitant du *damnum non corpori datum*? Justinien dit, en effet, et nous traduisons littéralement : Comme l'action utile ne suffit pas, pas plus que l'action directe, il a paru nécessaire de donner une action *in factum* contre l'auteur du dommage.

A cette distinction si précise, à cette antithèse si nette, qu'oppose-t-on? Aux Institutes on oppose le Digeste, et l'on fait remarquer que, dans nombre de cas où, d'après la doctrine de Justinien, on devrait donner une action utile, les textes du Digeste accordent une action *in factum*. De là à conclure que les expressions : action utile, action *in factum* sont synonymes, il n'y a qu'un pas, et nos adversaires le franchissent.

Examinons donc la portée de leur objection. Il

est vrai que le Digeste renferme de nombreux textes parlant d'action *in factum*, là où, selon nous, il s'agit d'une action *utilis*. Nous citerons : la loi 7, §§ 3 et 6; — la loi 9, pr. et §§ 2, 3; — la loi 11, § 5, supposant qu'on a coupé la corde retenant le navire et qu'il a sombré; — la loi 49, pr.; — la loi 53, textes que nous avons pour la plupart analysés. Tous traitent d'un *damnum corpori nec corpore datum*, et donnent une action *in factum*. Et là-dessus nos adversaires de conclure que ces textes suffisent pour renverser la distinction si bien établie pourtant au § 16 des Institutes.

Pour leur répondre, qu'il nous suffise de rappeler que l'action utile de la loi Aquilia est rédigée *in factum*, ainsi que nous l'avons démontré plus haut à l'aide d'un texte de Pomponius (1). D'où il résulte que la confusion entre l'action utile et l'action *in factum* n'est qu'apparente : rien ne prouve qu'en parlant d'action *in factum* les textes n'aient pas entendu parler de l'action *utilis in factum*. On peut alors leur reprocher un manque de précision, mais non pas une inexactitude. Par conséquent, ces textes qu'on voulait retourner contre nous s'évanouissent, car on les ramène

(1) L. 11 D. XIX, 5.

sans effort à n'être que l'application de la théorie de Justinien.

Ce que nos adversaires devraient produire pour obtenir gain de cause, ce serait des textes où l'action fondée sur le dommage *non corpori datum* serait qualifiée d'action utile *ex lege Aquilia*. Ces textes, ils ne les produiront pas, croyons-nous. Comment supposer, d'ailleurs, que Justinien, si catégorique dans le § 16 des Institutes, ait pu laisser au Digeste des textes venant détruire complètement la doctrine qu'il avait émise? Ne lui prêtons pas gratuitement une telle inadvertance.

Il est d'ailleurs un point qui explique en partie comment a pu se fonder la doctrine que nous combattons. Dans certains cas, les jurisconsultes ne s'accordèrent point : les uns donnaient l'action utile de la loi Aquilia, pendant que les autres trouvaient suffisant d'accorder l'action *in factum* subsidiaire de l'action *de dolo*. C'est ainsi que Sabinus donne l'action utile de la loi Aquilia lorsqu'on a fait tomber des deniers qui sont allés se perdre dans la mer (1), tandis qu'Ulpien donne l'action *in factum*, subsidiaire de l'action *de dolo*, dans un texte qui a déjà attiré notre attention (2),

(1) L. 27 § 21 D., h. t.

(2) L. 14 pr. D. XIX, 5.

et qu'Alfénus la donne aussi dans une hypothèse semblable (1). Les décisions de ces deux jurisconsultes nous semblent plus conformes aux vrais principes que celle de Sabinus; il s'agit, en effet, d'hypothèses où un objet a été perdu sans que, à vrai dire, il y ait eu *damnum corpori datum*.

Gaius relate également un cas où la controverse peut s'élever; c'est lorsque, par étourderie, on a fait tomber l'argent que quelqu'un avait dans la main ou mis en fuite les bœufs d'autrui, et qu'un tiers, profitant de la circonstance, a volé les bœufs ou l'argent. Il se demande si l'on doit donner l'action utile de la loi Aquilia, mais se contente de poser la question sans donner une solution. Justinien, lui, donne l'action *in factum*. S'armant de cette solution, les partisans de la doctrine que nous avons combattue ont opposé Justinien à lui-même et ont pensé détruire le § 15, IV, 2, des Institutes par le § 11, IV, 1 (2). Ils concluent que Justinien, lui aussi, confond l'action *utilis* et l'action *in factum*. N'est-il pas plus raisonnable de dire que, si Justinien avait voulu répondre affirmativement à la question de Gaius, il se serait contenté de supprimer l'interrogation pour mettre une affirmation? S'il a mis

(1) L. 23 D. XIX, 5,

(2) En ce sens, Demangeat, t. II, p. 475.

l'action *in factum* à la place de l'action utile de la loi Aquilia, c'est qu'il a entendu répondre négativement à la question de Gaius. En agissant ainsi, Justinien a rendu une décision conforme aux principes qu'il devait poser plus loin. Dans les deux hypothèses de Gaius, en effet, *nullum corpus læsum fuit*; dès lors, conformément au second alinéa du § 16, c'est une action *in factum* qui appartient au propriétaire lésé.

Il est d'autres cas où le préteur a étendu le champ d'application de l'action directe de la loi Aquilia au moyen d'une action *utilis in factum*. Ainsi la loi Aquilia, nous l'avons vu, n'accorde une action qu'au propriétaire; le préteur est intervenu pour accorder également une action à celui qui, bien que n'ayant pas la qualité juridique de propriétaire, mérite en fait d'avoir les mêmes droits; nous voulons parler du possesseur de bonne foi. La loi 11, § 8, dit en effet que, si un esclave, qui est sous les ordres de quelqu'un de bonne foi, a été blessé ou tué, il faudra donner au possesseur une action *in factum*: — il s'agit ici de l'action *utilis in factum* dont nous avons parlé. Sans aucun doute il faudrait décider de même pour celui qui, n'étant pas héritier légitime, aurait obtenu du préteur une *bonorum possessio secundum tabulas* ou *contra tabulas*.

C'est également par une extension de la même

règle que l'action utile de la loi Aquilia a été accordée à l'usufruitier et à l'usager (1). En ce qui concerne l'usufruitier, M. de Savigny (2) pense que la formule était *utilis fictitia* et ainsi rédigée : *Si paret Numerum Negidium Stichum servum in quo ususfructus Auli Agerii est, vulnerasse, ejusque rei causa si is servus Auli Agerii ex jure Quiritium esset, damnum decidere oportere, judex quanti ea res plurimi fuit in diebus triginta proximis tantam pecuniam condemnat, si non paret, absolvito.*

Lorsqu'un homme libre a été blessé *injuria*, il est impossible de lui accorder l'action *legis Aquiliae directa*, *quoniam dominus membrorum suorum nemo videtur*, dit Ulpien (3); et le préteur d'intervenir pour lui donner une action utile.

Il peut arriver qu'on donne l'action utile dans des cas où l'action directe est refusée parce que le dommage ne paraît pas causé *injuria*. C'est l'hypothèse que prévoit la loi 30, § 2, lorsqu'elle dit : Si quelqu'un a consommé du blé ou du vin appartenant à autrui, *non videtur damnum injuria dare; ideoque utilis danda est actio.*

(1) L. 44 § 10 D., h. t.

(2) T. 5, p. 404, N. G.

(3) L. 43 pr. D., h. t.

CHAPITRE IV

NATURE DE L'ACTION LEGIS AQUILIÆ.

Parmi les différentes divisions des actions, il en est une que Gaius relate en ces termes : *agimus interdum ut rem tantum consequamur, interdum ut pœnam tantum alias ut rem et pœnam* (1). Il distingue donc trois sortes d'action : l'action *rei persecundæ gratia*, l'action pénale et l'action mixte, qui tient à la fois des deux précédentes.

Par l'action *rei persecundæ gratia comparata*, le demandeur tend à maintenir ou à rétablir l'intégrité de son patrimoine.

L'action est au contraire pénale lorsqu'elle a pour but d'appauvrir le défendeur en procurant au demandeur un enrichissement égal à l'appauvrissement de son adversaire.

Nous avons dit que l'action mixte était donnée tout à la fois *rei et pœnæ persecundæ causa*. Elle se rencontre lorsque le demandeur cherche par une seule et même action à maintenir son patrimoine intact et à faire réduire celui du défendeur.

(1) Comm. IV § 6.

Cette division est-elle bien complète ? Non ; il existe certaines actions où le demandeur ne poursuit qu'une restitution, tandis que le défendeur subit un appauvrissement, parce que la condamnation qu'il encourt ne suppose en aucune façon qu'il ait réalisé ou pu réaliser un bénéfice. Lorsque les jurisconsultes romains traitaient d'une action de cette espèce, ils l'appelaient tantôt *actio rei persecutoria*, tantôt *actio pœnalis*. Les interprètes ont trouvé pour ces actions une dénomination spéciale. Comme le défendeur est réputé subir une peine, tandis que le demandeur poursuit une restitution, l'action n'est pénale qu'à l'égard du défendeur seul. On l'a donc appelée action pénale *a parte rei* ou action pénale unilatérale, tandis qu'on appelle action pénale bilatérale celle où il s'agit aussi bien d'enrichir le demandeur que d'appauvrir le défendeur. Etant donnée cette classification des actions, dans quelle catégorie rangerons-nous l'action *legis Aquiliæ* ? Elle figure au nombre des actions mixtes, ainsi que le prouve ce fragment du § 19, IV, 6, aux Institutes, où Justinien dit : *Legis Aquiliæ actio de damno injuriæ mixta est, non solum si adversus inficiantem in duplum agatur, sed interdum et si in simplex quisque agit*. Nous allons rendre cette théorie plus facile à saisir au moyen de quelques exemples.

Supposons qu'on tue un esclave dont la valeur est restée constamment la même dans l'année qui a précédé le meurtre. De quelle nature sera l'action ? Ici, sans aucun doute, l'action *legis Aquiliae* ne sera pas mixte si d'ailleurs le meurtrier a avoué son délit. En effet, le demandeur poursuit uniquement la réparation du préjudice causé ; il demande une somme égale à ce qu'il a perdu : en ce qui le concerne, l'action est manifestement *rei persecutoria*. Quant au défendeur, il subira un appauvrissement, car il n'a retiré, nous le supposons, aucun profit du meurtre. L'action est donc pénale *a parte rei* ou pénale unilatérale. Si le défendeur avait nié le meurtre, l'action serait mixte, puisque la condamnation comprendrait deux fois la valeur de l'esclave, puisque le demandeur obtiendrait pour moitié la restitution de son patrimoine et pour moitié un enrichissement.

Il arrive aussi, comme nous le fait remarquer Justinien, que l'action est mixte, alors même qu'elle est donnée au simple. En effet, lorsqu'on tue un esclave devenu depuis moins d'un an borgne ou boiteux, le propriétaire obtiendra une condamnation égale à la valeur atteinte par l'esclave avant son accident. Jusqu'à concurrence de l'indemnité qu'elle procure au propriétaire, l'action, bien que pénale pour le défendeur, est pour lui *rei persecutoria*, tandis qu'elle est pénale bilaté-

rale pour tout ce qui dépasse cette indemnité.

Maintenant que nous avons bien déterminé la nature de l'action *legis Aquiliæ*, notre étude serait incomplète si nous n'ajoutions pas quelles conséquences résultent de sa nature même.

Nous venons de voir que l'action de la loi Aquilia était au nombre des actions mixtes. On aurait dû appliquer à ces actions pour partie les règles de l'action *rei persequendæ gratia*, pour partie les règles de l'action pénale. Ce n'est pas ainsi que les Romains ont agi à l'égard de l'action de la loi Aquilia qu'ils ont traitée de tous points comme une action pénale. On peut toutefois trouver à cela une justification, en considérant que l'action *damni injuria dati*, alors même que le demandeur a pour but de maintenir l'intégrité de son patrimoine, n'en est pas moins pénale dans une certaine mesure, puisque le défendeur subit un appauvrissement. Cela seul suffirait pour justifier la règle contenue dans la loi 23, § 4, d'après laquelle les héritiers du délinquant ne sont tenus que dans la mesure de leurs profits personnels, alors même que l'action tend purement et simplement à faire obtenir au demandeur le montant du dommage qu'il a éprouvé. Pourquoi voudrait-on punir, en les appauvrissant, des personnes qui sont restées complètement étrangères au fait dommageable ? Par le même motif se justifie

cette décision aux termes de laquelle l'action *legis Aquiliæ* est toujours donnée *noxaliter* contre le possesseur de l'esclave lorsque le *damnum* est le fait de ce dernier (1).

Il est moins facile de comprendre pourquoi les jurisconsultes romains, lorsque le *damnum injuria datum* était imputable à plusieurs, ont décidé que chacun des délinquants serait tenu comme s'il avait seul commis le crime, de telle sorte que la peine fût payée autant de fois qu'il y avait de délinquants. Cette règle, exacte en ce qui concerne les actions pénales bilatérales, ne l'est pas pour l'action pénale *a parte rei*, ainsi que cela résulte d'un texte d'Ulpien relatif à l'action *de dolo malo*, elle aussi pénale unilatérale. Ce jurisconsulte s'exprime ainsi : *Si plures dolo fecerint et unus restituerit, omnes liberantur; quod si unus quanti ea res est præstiterit, puto adhuc cæteros liberari* (2). Cela est logique, car le but même de l'action est d'indemniser celui qui a subi un dommage. Si l'action envisagée au point de vue du défendeur a un caractère pénal, ce n'est là qu'un côté accessoire. Par conséquent, lorsque le demandeur est désintéressé, que pourrait-il réclamer? C'est ce que veut dire Ulpien parlant de cette même action *de dolo*

(1) L. 2 pr. D. IX, 4.

(2) L. 17 pr. D. IV, 3.

en ces termes : *Si unus præstiterit pœnam, cæteri liberantur, cum nihil intersit*. C'est l'application de ce principe d'équité : plus d'intérêt, plus d'action.

On voit par là que, en principe, les codélinquants soumis à une action pénale unilatérale sont tenus *in solidum*, c'est-à-dire que le créancier peut poursuivre à son gré l'un d'eux, mais qu'un seul paiement suffit pour les libérer tous. Il en est autrement en ce qui concerne la loi Aquilia. Cela résulte de la façon la plus formelle d'un texte dû au jurisconsulte que nous avons cité deux fois à propos de l'action *de dolo*. Dans la loi 11, § 2, Ulpien suppose qu'un esclave est mort à la suite de coups dont plusieurs personnes l'ont frappé, et il se demande qui sera soumis à l'action. Si l'on ignore sous les coups de qui l'esclave a succombé, tous sont tenus sans que le paiement fait par l'un d'eux libère les autres ; *et si cum uno agatur cæteri non liberantur : nam ex lege Aquilia quod alius præstitit alium non relevat cum sit pœna*.

Ce n'est pas d'ailleurs l'opinion isolée d'un seul jurisconsulte. Dans la loi 51, § 1, Julien relate une semblable décision : un esclave frappé par plusieurs personnes a succombé sous leurs coups, tous sont tenus d'après la loi Aquilia : *Omnes lege Aquilia teneri veteres judicaverunt*. Et Ulpien, dans le texte que nous venons d'analyser, s'ap-

puie précisément sur cette décision de Julien dont il fait en quelque sorte le commentaire.

Comment se fait-il que les Romains aient admis une solution aussi contraire à la nature même de la loi Aquilia dont le but essentiel est d'indemniser l'acheteur ? Ici on l'enrichit, et on l'enrichit en sévissant bien injustement contre les auteurs du dommage, qui peut-être n'ont commis qu'une imprudence ; car, ne l'oublions pas, la *culpa etiam levissima* suffit pour qu'il y ait *damnum injuria datum* ; et il ne s'agit pas ici d'un délit où l'intention est un des faits constitutifs.

On a voulu justifier la bizarrerie de cette décision par le motif suivant : « Le propriétaire de l'esclave pouvant prendre la valeur de celui-ci à un moment différent vis-à-vis de chacun des codélinquants, pourvu qu'il la prenne toujours dans l'année qui a précédé le délit, les codélinquants ne sont pas tous nécessairement tenus de la même somme, ce qui ne permet guère de voir en eux des codébiteurs solidaires (1). » C'est là une subtilité juridique devant laquelle nous croyons que les Romains eux-mêmes eussent reculé, si jamais pareille idée leur était venue. Ne cherchons pas de justification à une solution injustifiable. Tout au plus pouvons-nous l'expliquer.

(1) Demangeat, t. II, p. 645.

Les Romains, voyant que l'action aquilienne envisagée dans certaines parties était une action bilatérale, que même pour le reste, action pénale *a parte rei*, elle présentait certains caractères de l'action pénale bilatérale, se sont laissés aller inconsidérément à la traiter comme telle. C'est ce qui ressort du texte même d'Ulpien où nous lisons : *Nam ex lege Aquilia quod alius præstitit, alium non relevat cum sit pœna*. Selon lui la loi Aquilia a pour but d'infliger une peine : erreur manifeste, car s'il en était ainsi on exigerait le dol pour accorder l'action, et nous savons que la faute suffit. D'ailleurs, ne résulte-t-il pas de l'étude même de la loi Aquilia que son but principal est non de frapper le défendeur, mais d'indemniser le demandeur ? Partant d'un principe erroné sur le but fondamental de l'action, n'est-il pas évident que le jurisconsulte aboutira à des solutions erronées ?

Il est une question qui, se greffant sur la décision rendue par Ulpien et Julien, doit être examinée ici. Nous venons de voir que, si le dommage est le fait de plusieurs, tous sont tenus de la condamnation et chacun doit la payer intégralement; l'action aquilienne ressemble sous ce rapport à l'action *furti*. Dès lors on se demande, dans la loi 32, si ce qu'on décide pour le vol commis par une famille entière, c'est-à-dire qu'un seul paie-

ment libère la famille, doit être également décidé pour l'action aquilienne. Gaius veut qu'il en soit de même. En effet, la raison mise en avant pour ce qui concerne l'action *furti* est celle-ci : *ne ex uno delicto tota familia dominus careat*; n'a-t-elle pas autant de force quand il s'agit de l'action *legis Aquiliæ*? La décision doit donc être la même. Gaius ajoute : *Præsertim cum interdum levior sit hæc causa delicti : veluti si culpa, et non dolo, damnum daretur*. N'y a-t-il pas là comme une condamnation, inconsciente sans doute, de la règle qui soumet chacun des coauteurs du dommage au paiement intégral de la condamnation?

CHAPITRE V

CONCOURS DE L'ACTION AQUILIENNE AVEC D'AUTRES ACTIONS.

Nous avons vu quelle était la nature de l'action aquilienne, action mixte, c'est-à-dire en partie *rei persecutoria*, en partie pénale. C'est en nous appuyant sur cette classification que nous avons examiné certaines règles applicables à cette action. C'est encore en nous servant de cette même classification que nous nous efforcerons de déterminer quand l'action *legis Aquiliæ* concourra avec d'autres actions et dans quelle mesure.

Nous avons dit que l'action *legis Aquiliæ* ne suppose en principe aucun rapport contractuel entre les deux parties. Le contraire peut parfaitement se rencontrer. Ainsi, lorsqu'un commodataire a causé un dommage *injuria* à la chose qui lui était prêtée, l'action *legis Aquiliæ* qui lui est applicable ne l'empêche pas d'être soumis à l'action contractuelle *commodati directa*. Ces deux actions existent simultanément sans doute ; mais le demandeur pourra-t-il cumuler le bénéfice d'une double condamnation ? C'est là un des points de la célèbre question du concours des actions ; nous allons l'examiner.

Auparavant il nous faut résoudre une difficulté qui peut se présenter. Que décider si la chose est détruite par suite d'un fait qui, aux termes du contrat, n'entraîne aucune responsabilité pour le débiteur ? Comme exemple, nous citerons un dépositaire qui détruit la chose déposée par un fait ne constituant ni un dol ni une faute lourde, sera-t-il néanmoins soumis à l'action *legis Aquiliæ* ? Une distinction nous semble nécessaire : si le dommage résulte d'un fait autorisé par le contrat, il n'y aura pas lieu d'appliquer la loi Aquilia, car le dommage n'a pas été causé *injuria* ; mais si le fait n'a pas été autorisé par le contrat, le dépositaire étant en faute pourra être poursuivi. Par une espèce nous ferons mieux

comprendre notre pensée : si une coupe a été confiée en dépôt et si elle est brisée par le dépositaire voulant la soustraire à un incendie, comme l'accident s'est produit parce qu'il exécutait une des obligations de son contrat, on ne peut pas dire qu'il a causé un dommage contrairement au droit ; il en serait différemment s'il avait brisé la coupe en la déplaçant sans utilité : nul doute que dans ce cas la loi *Aquilia* ne lui fût applicable.

La question du concours des actions peut se poser sans que, à vrai dire, on rencontre similitude d'origine. Si un cheval loué est tué par le locataire, ce fait ne donne lieu qu'à l'action *legis Aquiliæ* ; l'action *locati* résulte du contrat de louage antérieur, sans que la mort du cheval puisse dispenser le locataire de restituer la chose. La similitude d'origine n'est donc qu'apparente, non réelle. Il en est de même toutes les fois que le *damnum injuria datum* affecte un objet qu'on est obligé de restituer *ex contractu*.

Il n'y a par conséquent à examiner la question du concours des actions que s'il s'agit d'actions ayant un objet juridique commun. Bien entendu il faut qu'il y ait également identité de personnes. Il y a un même objet juridique quand plusieurs actions ont pour but l'indemnité de la même perte.

La règle générale est due à Ulpien (1), qui écrit : *quoties concurrunt plures actiones ejusdem rei nomine una quis experiri debet*. Il rejette donc le cumul si ces actions ne tendent qu'à satisfaire le même intérêt, tandis qu'il l'admet si elles répondent à des intérêts différents. C'est ce principe dont nous allons faire l'application aux hypothèses diverses qui peuvent se rencontrer.

§ 1. *Concours d'une action rei persecuendæ gratia avec l'action aquilienne*. — L'action mixte comprend à la fois l'indemnité et la peine. Pour la fraction qui tend à une restitution, le cumul avec l'action *rei persecuendæ gratia* est impossible.

En effet, lorsque le demandeur a obtenu par l'une de ces deux actions la restitution de sa chose, il ne peut plus intenter la seconde action qui tend à une même restitution. Mais l'action *rei persecutoria* se cumule avec l'action mixte dans la mesure pour laquelle celle-ci est pénale. Ainsi, lorsque le commodataire a détruit la chose prêtée, il est soumis, nous l'avons vu, à deux actions. Si le commodant intente d'abord l'action *legis Aquiliæ*, qui comprend la *res* et la *pæna*, l'action *commodati* est éteinte. Mais s'il agit d'abord *ex contractu*, il pourra ensuite intenter l'action

(1) L. 43 § 1 D, L. 17.

aquilienne pour ce qu'elle contient de plus avantageux, *in id quod amplius* 1).

Certains textes décident que chacune des deux actions est absorbée par l'autre, en sorte qu'une seule peut s'exercer. Nous citerons : le § 11 de la loi 27, où Ulpien, supposant le concours de l'action *locati* et de l'action aquilienne, s'exprime ainsi : *si uno judicio res esset judicata, altero amplius non agendum* ; — le même jurisconsulte donne une solution analogue dans la loi 13, D., VI, 1 ; — la loi 18, § 1, D., XIII, 6, due à Gaius, suppose le concours de l'action *legis Aquiliæ* avec l'action *pigneratitia*, *commodata* ou *deposita* : *sed, si qua earum actum fuerit, aliæ tolluntur* ; — enfin, Paul, dans la loi 43, D., XIX, 2, supposant qu'on a blessé un esclave loué, décide que le propriétaire a l'action *legis Aquiliæ* et l'action *locati*, *sed alterutra contentus actor esse debet*.

Ces textes semblent émaner d'adversaires de l'opinion que nous avons émise. Toutefois, aucun texte formel ne nous autorise à croire qu'il y ait eu une controverse sur ce point. Une explication toute simple se présente à l'esprit : ces textes refusent le cumul, parce qu'ils se placent dans l'hypothèse où l'action de la loi Aquilia n'offre

(1) L. 7 § 1 D. XIII, 6. — L. 34 § 2 D. IV, 40 — L. 2 § 3 D. XLVII, 1.

aucun avantage, en ce sens que l'estimation artificielle qu'elle autorise ne procure pas une somme plus forte que celle qu'on obtient par l'action contractuelle. Dès lors, ces textes sont logiques en décidant que, l'une étant exercée, l'autre s'éteint.

Il est un autre texte qui est plus difficile à expliquer. Nous voulons parler de la loi 34, § 2, D., XLIV, 7, où Paul, examinant le concours des actions *commodati* et *legis Aquiliae*, s'exprime ainsi : *sed verius est remanere quia simplo accidit et simplo subducto locum non habet*. Considéré intrinsèquement, ce texte semble refuser l'action aquilienne, lorsque l'action *commodati* a été exercée. Mais la lecture de la loi entière, et même du commencement du § 2, suffit pour prouver que telle n'a pu être la pensée de Paul, à moins d'admettre chez ce jurisconsulte de singulières contradictions. Pour le laisser logique avec lui-même, il faut lire *locum habet*, comme le propose Cujas, s'appuyant sur cette note de l'édition Baudoza : *in quibusdam deest hæc etiam negatio*. Alors le texte signifie : l'action aquilienne, après qu'on a exercé l'action *commodati*, est encore admissible comme pouvant excéder le *simpulum* ; et cet excédent forme l'objet pour lequel elle est recevable même après le paiement de ce *simpulum*. En un mot, retranchant la négation, ce qui est nécessaire pour l'intelligence

de texte, on arrive à reconnaître qu'il n'y a là qu'une application de la règle générale posée plus haut.

§ 2. *Concours de l'action legis Aquiliæ avec une action mixte, ou avec une action pénale privée.* — Pour deux actions mixtes, s'il s'agit de délits différents, la logique nous semble exiger que le cumul ait lieu quant aux peines et non quant à la *res*; tandis que, si l'une est pénale et l'autre mixte, le cumul doit être admis d'une manière absolue. — Il en serait de même s'il s'agissait de deux actions pénales; mais c'est là un point que nous n'avons pas à traiter en parlant de la loi Aquilia. Sont-ce bien là les principes qui se dégagent des textes?

Quand la même personne commet sur la même chose plusieurs délits à des époques différentes, la peine prononcée pour chaque délit est certainement encourue indépendamment des autres (1).

La loi 32, § 1, suppose qu'un individu a commis sur un esclave les deux délits prévus par les deux chefs de la loi Aquilia, en le blessant, puis en le tuant. Elle décide qu'il sera tenu pour la blessure et pour le meurtre, car il y a deux délits.

(1) L. 27 pr. D., h. t.

La loi 48 contient une espèce analogue avec une solution identique.

Mais il peut arriver qu'un même acte viole différentes lois pénales. Ainsi, lorsqu'un esclave a été frappé, ce fait peut constituer une injure à l'égard du maître et endommager sa propriété. L'action d'injures a pour objet la peine ; l'action aquilienne, la réparation du dommage. Le cumul est-il permis et dans quelle mesure ? Ici des divergences se sont produites entre les jurisconsultes.

Un texte de Paul, la loi 43, D., LIV, 7, relate cette controverse et nous indique que trois opinions se trouvaient en présence. Dans une première opinion soutenue par Modestin (1), le maître doit se contenter de l'une des actions, à son choix.

Suivant une seconde opinion, il faut distinguer quelle action a été exercée la première. Si l'on a exercé d'abord l'action *injuriarum* on conserve le droit de poursuivre conformément à la loi Aquilia ; tandis que l'action *injuriarum* s'éteint lorsque l'action *legis Aquiliæ* a été exercée. C'est là une décision d'espèce : le juge de l'action *injuriarum* devait statuer *ex æquo et bono* ; or il semblait équitable de repousser celui qui, indem-

(1) L. 53 D. XLIV, 7.

nisé par l'action *legis Aquiliæ*, demandait à s'enrichir par l'action *injuriarum*.

Enfin, Paul admet l'exercice de la seconde action *in id quod amplius*. On croit généralement qu'il se contredit lorsque, dans la loi 2, § 1, D., XXVII, 3, il admet le cumul des actions *furti* et *de rationibus distrahendis*. Il n'y a pas là inconséquence, car les anciens jurisconsultes ne considéraient pas l'action contre le tuteur infidèle comme pénale. C'est ainsi qu'entre elle et la *condictio furtiva* le demandeur doit choisir : l'une est exclusive de l'autre (1).

Ainsi, laissant de côté la seconde opinion rapportée par Paul, mais qui n'a pas un caractère général, nous voyons que Modestin refuse toujours le cumul, tandis que Paul l'admet *in id quod amplius*.

Une troisième opinion laisse à chacune des deux actions son plein et entier effet. Elle s'appuie sur l'autorité de Papinien (2), et sur celle d'Ulpien, qui s'exprime ainsi : *Nunquam actiones pœnales de eadem pecunia concurrentes alia aliam consumit* (3).

Cette troisième opinion est la plus conforme aux principes, et Paul, dans la loi 15, § 46, D.,

(1) L. 2 § 1 D. XXVII, 3.

(2) L. 6 D. XLVIII, 5.

(3) L. 60 D. LXIV, 7. — L. 130 D. L, 17.

XLVIII, 10, cite une décision de Labéon dans le même sens. Il s'agit d'un cas où on a frappé injurieusement l'esclave d'autrui. Labéon accorde l'action *legis Aquiliæ* et l'action *injuriarum*, car ces deux actions ont un but différent : l'une vise le dommage, l'autre l'outrage.

C'est, d'ailleurs, cette doctrine qui a triomphé, comme le prouve un texte d'Hermogénien : *Cum ex uno delicto plures nascuntur actiones, omnibus experiri permitti post magnas varietates obtinuit.*

M. de Savigny (1) fait remarquer que l'ensemble des textes offre un de ces cas où Justinien a voulu donner un fragment de l'histoire du droit ; car, au lieu d'insérer une règle unique, il reproduit les diverses opinions des anciens jurisconsultes.

Nous avons supposé jusqu'ici qu'il y avait deux délits connexes ou consécutifs. S'il s'agissait d'un seul délit prévu et puni par des actions différentes de nom, notre solution serait semblable à celle de Paul : on ne pourrait agir que *in id amplius*. Ainsi, quelqu'un ayant coupé clandestinement les arbres d'autrui, deux actions sont ouvertes au propriétaire : l'action *arborum furtim cæsarum*, qui lui fera obtenir le double du dommage causé, et l'action *legis Aquiliæ*. S'il a d'abord in-

(1) T. V, p. 265.

tenté la plus avantageuse, la seconde est éteinte pour le tout ; sinon il peut intenter en second lieu l'action la plus avantageuse pour obtenir la différence entre celle-ci et l'autre (1).

§ 3. *Concours de l'action legis Aquiliæ avec une action pénale publique.* — Les actions pénales que nous avons examinées jusqu'ici étaient considérées par les Romains — et c'est là un point notable de leur organisation — comme un bien propre à la personne lésée. Il est inutile de faire remarquer tout ce qu'il y a de défectueux dans cette idée : des délits modes d'acquérir, des délits moyens d'enrichissement.

Cependant, il y avait certains crimes ou délits qui, susceptibles d'engendrer un trouble social, étaient réprimés par des actions dites publiques, parce qu'elles étaient ouvertes à tout citoyen. Telles étaient les actions accordées par les lois Cornélia *de injuriis*, Cornélia *de falsis*, et Julia *de adulteriis*. Les magistrats chargés de juger les crimes publics étaient les *questores parricidii*, qui avaient été institués, nous dit Pomponius (2), parce que les consuls ne pouvaient prononcer la peine capitale contre un citoyen romain sans

(1) L. 1 D. XLVII, 7.

(2) L. 2 § 23 D. I, 2.

avoir consulté le peuple. Ces magistrats étaient nommés par le peuple. En l'an 604 de Rome, furent créées les *quæstiones perpetuæ*.

L'une de ces actions peut se trouver en concours avec l'action *legis Aquiliæ*. Ainsi, la loi 23, § 9, suppose qu'un esclave a été tué par dol ; de ce meurtre sont nées deux actions : l'une privée, l'action *legis Aquiliæ* ; l'autre publique, prenant sa source dans la loi Cornélia *de injuriis*. De même, si un testament a été falsifié, deux actions naissent : l'action aquilienne et l'action de la loi Cornélia *de falsis* (1).

Il n'est pas douteux qu'alors les deux actions puissent être simultanément intentées. Leur but, en effet, est tout différent : l'une, l'action privée, tend à faire obtenir à la partie lésée soit une réparation, soit même parfois un enrichissement ; l'autre, l'action publique, a un but plus élevé : frapper l'auteur du délit d'une peine que la société a le droit de réclamer, et pour se défendre dans le présent et pour se préserver dans l'avenir contre le retour de pareils faits.

(1) L. 1 § D. XLVIII, 10.



DROIT FRANÇAIS

DE LA SÉPARATION DES POUVOIRS

Au nombre des études dignes de solliciter l'attention du jurisconsulte, il faut placer en première ligne le principe de la séparation des pouvoirs.

Son importance pratique est considérable; et l'on a pu dire, non sans raison : « Dans notre législation, la séparation des pouvoirs domine notre droit constitutionnel, gouverne notre droit administratif, exerce son action sur le droit civil, sur la procédure, sur le droit pénal (1). »

Examiner quelles ont pu être sur ce point les théories des écrivains de l'antiquité, du moyen âge et des temps modernes; rechercher quelles ont été dans la vie des peuples les premières manifestations de ce principe; enfin, développer les conséquences que son acceptation a entraînées dans les diverses législations, notamment en France, en s'attachant à étudier si la pratique a toujours marché d'accord avec la théorie : telle

(1) Fuzier-Herman, *la Séparation des pouvoirs*, préface p. II.

serait la lourde tâche que devrait s'imposer celui qui aurait la prétention de traiter cette question sous toutes ses faces.

Quant à nous, notre but sera moins élevé. Nous remonterons brièvement aux origines du principe de la séparation des pouvoirs, en recherchant comment ce principe s'est dégagé des œuvres des théoriciens et s'il a exercé quelque influence sur notre histoire avant d'entrer dans la législation.

Ceci posé, nous indiquerons les limites réciproques du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif. C'est alors que nous étudierons plus spécialement la séparation de l'autorité judiciaire et de l'autorité administrative, les armes mises par la loi entre les mains de l'administration pour faire respecter ses droits, ce qui nous conduira à nous occuper du conflit. Il nous faudra examiner aussi quelle a été la situation faite aux fonctionnaires par le décret du 19 septembre 1870, abrogeant l'art. 75 de la constitution de l'an VIII. Mais il ne suffit pas de poser les principes généraux, et dans le cours de cette dernière partie, notamment dans l'étude du conflit, nous chercherons à fixer quelle est la compétence respective des tribunaux administratifs et des tribunaux de l'ordre judiciaire, en nous aidant des solutions que la jurisprudence du tribunal des conflits a

fait triompher sur un certain nombre de questions controversées.

Sans nous dissimuler les points délicats de notre thèse, tous nos efforts tendront à la traiter avec impartialité, dominé par une seule idée : déterminer les principes qui régissent les rapports des grands pouvoirs sociaux, étudier comment ces principes ont été compris et appliqués, et quelles sont les leçons qui se dégagent de l'expérience, « le véritable législateur des temps modernes (1) ».

(1) A. Thiers, *Consulat et Empire*, I, p. 7.

INTRODUCTION

HISTORIQUE

Tout individu, par cela même qu'il consent à vivre en société, consent aussi à abdiquer entre les mains des représentants de cette société une partie de ses droits, afin de leur permettre de remplir les fonctions essentielles de tout gouvernement : édicter des lois, les mettre à exécution.

Ces deux fonctions primordiales, indispensables à toute société, peuvent-elles être confiées à un même individu, à un même corps? Doivent-elles, au contraire, être remises entre des mains différentes, afin d'arriver par le contrôle réciproque des pouvoirs à enrayer à la fois le despotisme et l'anarchie, afin de maintenir l'ordre et de faciliter le progrès? Sciemment ou non, cette question a dû se poser chez tous les peuples dans le cours de leur existence. Nous nous contenterons de jeter un coup d'œil rétrospectif sur Rome et sur nos vieilles institutions, examinant en même temps comment l'idée de la séparation des pou-

voirs s'est peu à peu dégagée dans les œuvres des théoriciens.

Nous rencontrons chez Aristote la distinction des trois pouvoirs que les modernes ont séparés. « Il y a, dit-il, dans tout État trois parties; si ces trois parties sont bien organisées, l'État tout entier est nécessairement bien organisé lui-même. » Il analyse alors ces trois pouvoirs : 1° l'assemblée générale, délibérant sur les affaires publiques, décide de la paix et de la guerre, fait des lois, prononce la peine de mort, l'exil, la confiscation et reçoit les comptes des magistrats; 2° le corps des magistrats : ces magistrats ont des délégations de pouvoir perpétuellement révocables; 3° le corps judiciaire : l'universalité des citoyens étant apte à toutes les fonctions judiciaires, les juges peuvent être nommés tous au sort ou tous à l'élection.

Aristote a eu l'intuition exacte du principe; mais dans l'application il n'est pas exempt d'une certaine confusion. L'assemblée générale a seule un pouvoir propre et indépendant; elle exerce certaines attributions qui devraient appartenir au corps judiciaire, parmi elles le droit de prononcer la peine de mort, l'exil et la confiscation. S'il a discerné dans l'État trois modes d'activité, il ne les a pas séparés. Il faudra des siècles avant que d'autres écrivains, s'emparant de cette no-

tion de la séparation des pouvoirs, établissent plus nettement les règles qui s'y rattachent, les conséquences qui en découlent.

Les Romains n'eurent pas de théoriciens politiques. Chez ce peuple, nous trouvons sinon la séparation, du moins la pondération des pouvoirs (1). Le roi, — qui en principe devait être élu, — à la fois chef politique et religieux, était investi de la plénitude du pouvoir judiciaire. Le pouvoir législatif appartenait au peuple, réuni dans ses comices ; mais l'organisation des comices assurait la prépondérance à l'aristocratie.

Lorsque la royauté disparut, le consulat prit sa place ; à la tête de la hiérarchie sacerdotale fut placé un grand pontife. Les Romains nommèrent deux consuls, « afin que, dit Eutrope, si l'un veut faire le mal, l'autre, muni du même pouvoir, l'en empêche. » Les consuls étaient à l'origine de véritables rois élus pour un an. Au bout de l'année, ils redevenaient de simples particuliers ; on craignit que la continuité des pouvoirs ne les rendît trop arrogants (*insolentiores*) (2). Bientôt l'institution des tribuns vint restreindre le pouvoir consulaire. Plus tard, quand les plébéiens parvinrent au consulat (3), sur l'initiative

(1) M. de Valroger, à son cours.

(2) Eutrope, *Histoire romaine*, liv. IX.

(3) Le premier plébéien parvint au consulat en l'an de R. 383.

des patriciens qui voulaient amoindrir cette charge, furent créés de nouveaux magistrats : les censeurs, les préteurs et les édiles curules.

Chaque magistrat investi de la puissance du peuple est omnipotent. Il peut opposer son *veto* aux actes des autres magistrats ; de même, le *veto* de ceux-ci met obstacle à ses empiétements. Il en résulte forcément de mutuelles concessions et aussi une grande modération chez ces divers magistrats.

Quant au pouvoir législatif, il se manifeste sous différentes formes : loi, plébiscite, édit des magistrats et sénatus-consulte. Le pouvoir législatif se partageait entre le sénat et le peuple ; leur concours était nécessaire pour faire une loi. Proposée par le magistrat, la loi était délibérée par le sénat, qui convoquait ensuite le peuple pour la voter.

La réunion se fit successivement par curies, par centuries, puis par tribus. Les plébiscites, œuvre des assemblées plébéiennes, deviennent sans conteste obligatoires pour tous les citoyens à dater de la loi Hortensia, rendue en l'an 465 de Rome.

Ainsi, bien qu'en principe le pouvoir législatif réside dans le peuple, celui-ci est loin d'être la seule source des lois. Nous nous trouvons en pré-

sence d'une certaine confusion dans les pouvoirs législatifs.

De même, les Romains ne séparaient pas la justice et l'administration : la *jurisdictio* suivant l'*imperium*, tous les magistrats avaient une fraction du pouvoir judiciaire.

Nous ne rencontrons pas là une division scientifique accompagnée d'une certaine hiérarchie. Cependant, à l'aspect de ces diverses autorités se limitant réciproquement, il est facile de reconnaître que les Romains avaient senti le besoin de modérer l'action de chacun, de ne pas tout livrer à une même impulsion. De théorie, point ; mais les garanties pratiques atteignent presque le même but que les nôtres : limitation des pouvoirs l'un par l'autre afin d'assurer le respect de la liberté politique et des droits individuels.

Nous ne parlons que de Rome même. Il en était tout autrement dans les provinces où l'autorité la plus absolue appartenait aux préteurs ou aux proconsuls. L'on sait d'ailleurs jusqu'où purent aller les exactions de Verrès. C'est ce qui a fait dire à Montesquieu : « La liberté était dans le centre et la tyrannie aux extrémités. »

Avec Auguste, cette étude perd beaucoup de son intérêt. Dès le début, le nouveau César affecte de conserver toutes les institutions de la vieille Rome ; il les entoure même d'un profond res-

pect, mais se garde bien de les mettre en pratique, préparant ainsi à ses successeurs la voie de la monarchie absolue. Dès lors l'empereur a tous les pouvoirs : « Il faisait seul la loi, sauf à s'éclairer des lumières de son questeur et de son conseil d'Etat. Il la faisait exécuter par les voies administrative, judiciaire et militaire, sans qu'il y eût de résistance organisée pour contrebalancer son autorité. Tous les corps et les dignitaires, ou fonctionnaires du gouvernement central, n'étaient que de purs instruments de ses volontés : les sénateurs, les consuls, les patrices, les préfets du prétoire, le grand chambellan, le questeur, le maître des offices, les comtes du trésor public et du domaine privé, les maîtres de la milice, les comtes de la cavalerie et de l'infanterie du palais, n'avaient ni indépendance ni pouvoir propre. L'absolutisme était partout et dominait tout (1). »

Sur un seul point l'empire romain l'emporte sur les institutions républicaines : de nombreux perfectionnements sont apportés aux rouages de la machine administrative ; et si Rome est abaissée, les provinces éloignées sont mieux administrées. Était-ce là une compensation suf-

(1) Serrigny, *Droit public et adm. romain*, t. I, chap. XVII, n° 127.

fisante ? Il eût fallu que l'empire romain pût se combiner avec le système représentatif. Mais, outre que ce système répugnait aux mœurs romaines, il était inapplicable : il faut une nation pour appliquer le système représentatif ; après avoir conquis le monde, Rome continua d'être une cité (1).

Si des origines romaines nous passons aux origines germaniques, nous n'y trouvons rien qui annonce même en germe l'idée de la séparation des pouvoirs. Nous savons seulement par Tacite (2) que les Germains prenaient leurs rois parmi les plus nobles, leurs chefs parmi les plus braves ; la puissance des rois n'était ni arbitraire ni sans bornes. Plus loin (3), nous lisons : *de minoribus rebus principes consultant, de majoribus, omnes*. Il résulte de là que les Germains avaient le gouvernement individuel, chose toute naturelle chez un peuple barbare et guerrier qui poussait au plus haut point le sentiment de l'indépendance personnelle.

De même on ne rencontre dans les origines franques rien qui ressemble au principe de la séparation des pouvoirs tel que nous l'entendons.

(1) Saint-Girons, *Essai sur la séparation des pouvoirs*, p. 24.

(2) Tacite, *Mœurs des Germains*, VII.

(3) Id., XI.

Il est vrai que l'omnipotence royale était loin d'exister. Un capitulaire de Charlemagne de l'an 803 contient cette phrase : « *Ut populus interrogetur in mallo publico, de capitulis quæ in lege noviter addita sunt..... Et postquam omnes consensuerunt, subscriptiones vel manu firmationes suas in ipsis capitulis faciant.* » Dans le même sens s'exprime l'article 6 de l'édit de Pistes, rendu sous Charles le Chauve en 864 : *lex fit constitutione legis et consensu populi.*

Mais la justice était rendue au nom du roi par les fonctionnaires chargés de l'administration ; c'étaient des délégués du roi qu'il pouvait révoquer *ad nutum*. Ces officiers royaux : centeniers, vicomtes, viguiers, comtes et ducs, étaient subordonnés les uns aux autres comme administrateurs ; comme juges, ils ne l'étaient pas. Tout à côté se place la juridiction ecclésiastique, qui empiéta plus d'une fois sur les attributions de l'autorité séculière : c'est ainsi que Louis le Germanique fut déposé par des évêques qui délièrent ses sujets du serment de fidélité.

Le grand événement politique qui marque les débuts de la dynastie capétienne est la lutte de la royauté contre la féodalité. Or, la féodalité est la négation la plus absolue du principe de la séparation des pouvoirs. Au point de vue législatif et exécutif, administratif et judiciaire, chaque

seigneur est maître chez lui. Les cas royaux et le cas d'évocation sont les premières armes avec lesquelles la royauté bat en brèche les forteresses féodales. Philippe-Auguste crée des prévôts et baillis et organise la justice. Alors apparaissent les légistes, qui ne tardent pas à former presque seuls le parlement. C'est dans leurs personnes que la féodalité va rencontrer ses plus redoutables adversaires : elle succombera sous leurs coups. L'organisation administrative commence à se dessiner sous Philippe le Bel, qui place au sommet de l'administration deux corps : le parlement, corps judiciaire, la chambre des comptes, corps financier.

Les parlements étaient nés de la lutte entre la royauté et la féodalité. D'un autre côté, la lutte entre l'Eglise et l'Etat préparait la convocation des Etats généraux.

Dès lors on peut constater la coexistence des éléments divers que, dans les institutions du droit public moderne, on s'est toujours efforcé d'organiser et de séparer : le pouvoir législatif est représenté par les Etats généraux ; au roi appartient le pouvoir exécutif, tandis que les parlements représentent le pouvoir judiciaire. Mais ces différents pouvoirs sont loin d'avoir une origine tout à fait distincte et des attributions différentes. Plus d'une fois le roi les réunira tous en sa per-

sonne. Malgré cela, il n'est pas dénué d'intérêt de rechercher dans l'histoire des Etats généraux quels furent leurs efforts pour devenir permanents et constituer un véritable parlement.

Bien que dans la première réunion, provoquée par Philippe le Bel, la question religieuse ait presque exclusivement occupé l'assemblée, il ne s'en dégage pas moins un fait très important : la représentation nationale a fait son entrée sur la scène politique. Appelés dans les circonstances les plus graves à donner leur avis, les Etats généraux réclament sans cesse une part dans la direction des affaires du pays. Un moment leurs efforts semblent aboutir. Durant la captivité du roi Jean, les réunions sont nombreuses, motivées par l'état désespéré du pays, par le vote des subsides dont la royauté avait besoin. La plus célèbre de toutes est celle du 5 février 1357. Cédant aux représentations des Etats, le dauphin rendit l'ordonnance du 3 mars 1357, où sont relatées de nombreuses et importantes innovations :

Art. 5. Les Etats se rassembleront à Paris le lundi après Quasimodo et encore deux autres fois plus, si le métier est sans autres lettres ou mandements. Ils décideront sur le fait de l'aide, selon ce que bon leur semblera et sans que la voix de deux ordres puisse engager le troisième.

Art. 20. Quant à l'aide de l'année précédente,

ceux qui l'auront perçue seront tenus d'en rendre compte devant les commissaires des Etats en chaque diocèse.

Art. 32 et 39. Nulle trêve, nulle convocation d'arrière-ban ne seront faites sans l'avis des Etats.

Ainsi cette ordonnance consacrait les plus importantes prérogatives des représentants d'un pays libre : droit de voter le budget et d'en suivre l'exécution, droit de paix et de guerre. Malheureusement les Etats généraux, au moment même où ils semblaient avoir atteint le but tant convoité, virent tout s'évanouir dans les sanglantes émeutes de la Jacquerie.

Les Etats qui suivirent, plus modérés dans leurs revendications, demandèrent seulement des réunions périodiques, seul moyen efficace de voter l'impôt. Charles V se garda bien de les satisfaire ; car, si, en droit, la royauté n'a jamais contesté aux Etats la faculté de voter l'impôt, en fait, elle l'a toujours méconnue. Dès lors le rôle des Etats va s'amoindri, et les rois ne les consultent guère que sur des questions isolées.

L'ordonnance du 2 novembre 1439 vint amoindrir les droits des Etats généraux en établissant la taille permanente. Le préambule de cette ordonnance semble indiquer qu'elle est rendue avec le consentement des Etats réunis à Orléans.

Les Etats de Tours réunis en 1484 méritent d'attirer l'attention par les théories nouvelles qui s'y produisent. Philippe Pot (1), seigneur de la Roche, traitant la question de régence (2), proclame que toute souveraineté émane du peuple, c'est-à-dire de tous les citoyens indistinctement. La même théorie fut soutenue par Olivier Masselin, chanoine de Rouen. Les Etats de Normandie et de Bourgogne, abandonnés par les autres provinces, durent, malgré tout, céder. « Ainsi se termina par un acte de faiblesse une délibération dans laquelle les représentants s'étaient d'abord élevés aux plus hauts et nobles principes sur la constitution des Etats (3). »

Une dernière fois avant 1789, les Etats généraux sont réunis : le 27 octobre 1614. Ils réclament notamment la réduction des charges, la suppression de la vénalité des offices et aussi l'abolition de la paulette (4), qui était la consécration de cette vénalité. Leurs doléances ne furent pas plus écoutées que de coutume.

(1) Voir Picot, *Histoire des États-généraux*, t. I, p. 410 et suiv.

(2) Charles VIII était alors mineur.

(3) Sismondi, *Histoire des Français*, XIV, p. 664.

(4) Henri IV, en 1604, avait rendu un arrêt suivant lequel les officiers de justice devenaient propriétaires de leurs charges en payant chaque année le soixantième du prix vénal. Cette redevance fut appelée paulette, du nom du financier Paulet, qui en fut le premier fermier.

De tout cet exposé nous pouvons conclure que, si les vœux et les doléances des Etats généraux n'ont produit aucun résultat pratique, il n'en ressort pas moins clairement que l'ancienne France a eu l'intuition des grands principes qui servent de base aux institutions libres. La royauté, en restant sourde à toutes les réclamations, préparait elle-même le mouvement révolutionnaire qui devait l'emporter. Le jour où Louis XVI, sous l'inspiration du grand Turgot, voulut entrer dans la voie des réformes sérieuses, il était trop tard. D'ailleurs, peu à peu, à force d'empiétements, s'était édifié un pouvoir qui contrebalançait presque l'autorité royale et qui mit obstacle à toute réforme : les parlements.

Les parlements s'étaient attribué successivement le droit de remontrance, le droit de refuser l'enregistrement des ordonnances royales, et même le droit de faire la loi au moyen des arrêts de règlement ; ils adressaient en outre des injonctions aux agents du roi en les citant à leur barre. En fait, ils se trouvaient indépendants grâce à la vénalité des charges, à l'hérédité des offices, qui ont réalisé, au moins partiellement, la séparation de l'autorité judiciaire et de l'autorité administrative.

Les parlements devinrent ainsi un obstacle à l'absolutisme royal ; mais ils firent également

obstacle à une législation uniforme, car un parlement pouvait accepter une ordonnance, et un autre parlement la rejeter. En l'absence des Etats généraux, le pays se contentait des parlements, souvent même encourageait leurs résistances. De 1615 à 1789 l'autorité judiciaire a été la seule garantie contre le pouvoir royal.

Nous rencontrons la confusion des autorités judiciaire et administrative en la personne des intendants. Au seizième siècle, les maîtres des requêtes font des chevauchées comme envoyés du roi (1). Peu à peu ces maîtres des requêtes restèrent dans les mêmes provinces et finirent par y résider. Richelieu rendit la résidence obligatoire et généralisa l'organisation des intendants en 1626. Ceux-ci s'emparèrent de la direction administrative supérieure. Dans les pays d'élections, qui étaient de beaucoup les plus nombreux, ils réglèrent par eux-mêmes les questions abandonnées jadis aux États particuliers. Dans les pays d'états, ils éprouvèrent une résistance très vive de la part des parlements, qui s'efforçaient de limiter leurs pouvoirs.

En théorie, les attributions des intendants étaient illimitées. En fait, ils s'occupaient de l'administration et du contentieux administratif, de

(1) Edit de 1553.

la tutelle des communes, du contentieux des impôts directs, dont les principaux étaient : la taille, la capitation, l'impôt du vingtième. L'intendant avait encore des attributions en matière de culte, de police des cours d'eaux, de travaux publics ; il était juge des difficultés relatives aux biens domaniaux, des contraventions en matière de douane, de voirie, de roulage. Parfois même il évoquait certaines affaires où étaient intéressés des agents de l'autorité publique.

L'omnipotence des intendants souleva de nombreuses réclamations. Necker s'en fit l'écho dans un rapport adressé au roi en 1778 et proposa l'établissement d'assemblées provinciales. Ce n'était pas une idée nouvelle : déjà, en 1776, Turgot avait pensé à instituer de grandes assemblées provinciales n'ayant que des fonctions consultatives, sauf pour la répartition de l'impôt.

La division de la France en trois ordres n'était pas sans rendre difficile l'application de l'idée de Necker ; aussi ne proposa-t-il qu'un essai. L'expérience se fit sur le Berry, où un arrêt de 1778 créa une assemblée provinciale calquée sur les États du Languedoc. Cette assemblée comprenait douze membres du clergé, douze nobles et vingt-quatre représentants du tiers.

Aucun des membres n'était élu : seize membres nommés par le roi étaient appelés à compléter

cette assemblée. Chose remarquable, l'intendant n'avait pas entrée à l'assemblée provinciale. Les attributions de celle-ci concernaient surtout la répartition des impôts directs, l'exécution des travaux publics.

Si cette innovation s'était produite plus tôt, peut-être eût-elle sauvé la monarchie. La représentation provinciale se fût perfectionnée ; elle eût amené la représentation nationale et la monarchie parlementaire se serait établie en France progressivement. Quoi qu'il en soit, nous rencontrons là une preuve de l'esprit de progrès qui animait Louis XVI et ses ministres.

Ce n'est pas aux rois seuls qu'il faut faire remonter la responsabilité de l'échec des Etats généraux. Il résulte non moins de l'antagonisme existant entre la noblesse et le tiers état, et, le plus souvent, le clergé s'unit à la noblesse dans le but de faire triompher leurs communs privilèges.

Ainsi le roi, le clergé, la noblesse et le tiers doivent porter, chacun à des degrés divers suivant les temps, leur part de responsabilité pour l'échec des Etats généraux. Tous quatre ne surent jamais voir que leurs intérêts immédiats ; aucun ne voulut tourner les yeux vers l'avenir.

Mais les Etats généraux ont au moins produit un résultat : dans toutes leurs assemblées se re-

trouve plus ou moins précise l'affirmation de certains principes tutélaires, tels que le libre consentement des impôts, l'intervention du pays dans ses propres affaires, la responsabilité des conseillers du prince. « Si ces maximes n'ont jamais péri en France, les Etats généraux y ont puissamment contribué ; et ce n'est pas un léger service à rendre à un peuple que de maintenir dans ses mœurs, de réchauffer dans sa pensée les souvenirs et les droits de la liberté (1). » Si donc les Etats généraux n'ont rien fondé, ils ont du moins conservé les doctrines et préparé ainsi nos institutions modernes ; ils ont été, peut-être inconsciemment, les précurseurs du principe de la séparation des pouvoirs.

C'est au dix-septième siècle seulement que ce principe est nettement posé en théorie, comme la première des garanties constitutionnelles.

Nul mieux que Montesquieu n'a fait ressortir la nécessité de la séparation des pouvoirs. Pour quel'on ne puisse abuser du pouvoir, dit-il, il faut que par la disposition des choses le pouvoir arrête le pouvoir (2). La plupart des principes qu'il pose en cette matière ont été puisés dans l'étude des écrivains d'outre-Manche, notamment dans le *Traité*

(1) Guizot, *Histoire de la civilisation*.

(2) Montesquieu, *Esprit des lois*, liv. VI, chap. IV.

du gouvernement civil de Locke et dans la contemplation de la constitution anglaise, comme l'indique le titre même de son chapitre VI. Mais Montesquieu a surpassé Locke : celui-ci s'est borné en quelque sorte à la constatation d'un fait, tandis que, dans l'*Esprit des lois*, la nécessité de la séparation des pouvoirs est proclamée comme une garantie de la liberté.

Il nous faut reproduire intégralement ce passage capital de l'œuvre de Montesquieu : « Lorsque dans la même personne ou le même corps de magistrature, la puissance législative est réunie à la puissance exécutive, il n'y a point de liberté, parce qu'on peut craindre que le même monarque ou le même sénat ne fasse des lois tyranniques pour les exécuter tyranniquement.

« Il n'y a point encore de liberté si la puissance de juger n'est pas séparée de la puissance législative et de l'exécutive. Si elle était jointe à la puissance législative, le pouvoir sur la vie et la liberté des citoyens serait arbitraire, car le juge serait législateur. Si elle était jointe à la puissance exécutive, le juge pourrait avoir la force d'un oppresseur.

« Tout serait perdu si le même homme ou le même corps des principaux, ou des nobles, ou du peuple, exerçait ces trois pouvoirs : celui de faire les lois, celui d'exécuter les résolutions publiques,

et celui de juger les crimes ou les différends des particuliers (1). »

Quant à la mise en pratique de son système, Montesquieu, les yeux toujours fixés vers l'Angleterre, donne comme modèle de constitution la constitution de 1688.

Si, au point de vue du principe même de la séparation des pouvoirs, Montesquieu a vu plus juste que tous ses prédécesseurs, il est certains points de détail où ceux-ci l'ont surpassé. C'est ainsi qu'il distingue trois formes de gouvernement : le gouvernement républicain, le gouvernement monarchique et le gouvernement despotique. Son système sur ce point est incomplet et inexact : incomplet, car il ne parle pas du régime aristocratique ; inexact, parce qu'il confond république et démocratie, parce qu'il considère comme une forme spéciale de gouvernement le despotisme, qui n'est que l'exagération, la déviation de la monarchie. Ce système est donc bien inférieur à celui d'Aristote et de Platon.

Malgré ses éminentes qualités, Montesquieu fut loin d'exercer sur son temps une influence aussi profonde que celle de J. J. Rousseau. Celle-ci n'a été que passagère, et il n'est pas un des grands publicistes modernes (2) qui ne l'ait combattue.

(1) Montesquieu, *Esprit des lois*, liv. XI, chap. VI.

(2) Taine, *Ancien régime*, l. III, p. 259 et 312. — De Lave-

N'est-ce pas le portrait fidèle de Rousseau que ces quelques lignes de M. Fuzier-Herman ? « Entraîné par une imagination ardente, par une confiance orgueilleuse et souvent peu fondée dans la rectitude de son jugement, il méprisait l'étude et substituait à l'expérience pénible qu'elle procure les déductions d'une logique inflexible, suivant rigoureusement les conséquences d'un point de vue unique, souvent faux (1). » Il n'y a rien d'étonnant à ce que, écrit à l'aide d'un pareil procédé, le *Contrat social* renferme de nombreux sophismes au milieu de quelques idées justes. Pour Rousseau, comme pour Platon, la justice est le but suprême des sociétés, et voici comment il s'exprime : « Toute justice vient de Dieu, lui seul en est la source, mais si nous savions la recevoir de si haut, nous n'aurions besoin ni de gouvernement, ni de lois. »

Il reconnaît le principe de la souveraineté du peuple : idée juste ; mais, dominé par son excès de logique, il va plus loin et soutient la doctrine de

leye, *Revue des Deux Mondes*, du 15 juillet 1875. — Baudrilart, *Etudes de philosophie morale et d'économie politique*, t. I, p. 107 et suiv. — Bardoux, *les Légistes*, p. 205. — Proudhon, *Idée générale de la Révolution au dix-neuvième siècle*, p. 135. Nous pourrions citer encore : Portalis, V. le *Recueil Vergé*, t. XV, p. 160 ; Benjamin Constant qui a appelé Rousseau « le plus terrible des auxiliaires de tous les genres de despotisme. » *Cours de politique constitutionnelle*, t. I, p. 166.

(1) Fuzier-Herman, liv. C., p. 182.

l'infailibilité du peuple. Cette souveraineté, il la considère comme inaliénable, parce que le pouvoir peut bien se transmettre, mais non la volonté ; et, revenant sur cette idée, il écrit : « A l'instant qu'un peuple se donne des représentants, il n'est plus libre. » Toujours nous rencontrons chez lui, à côté de la vérité, l'erreur.

Si Rousseau admet la séparation des pouvoirs, il ne la considère pas comme une garantie de la liberté, mais seulement comme la division du travail entre le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif. Nous avons vu qu'il n'admettait pas le système représentatif : le pouvoir législatif doit, selon lui, appartenir au peuple statuant sur tout le peuple (1). Mais il est bien forcé de reconnaître que son système de gouvernement direct n'est applicable que si la cité est très petite ; et il arrive à cette conclusion : Plus l'Etat s'agrandit, plus le gouvernement doit se resserrer tellement que le nombre des chefs diminue en raison de l'augmentation du peuple (2).

Enfin, il considère qu'il vaut mieux confier le pouvoir exécutif à une réunion d'individus qu'à un seul homme. Cette idée sera mise en pratique avec la Convention et avec le Directoire ; on sait quels résultats elle produisit.

(1) Rousseau, *Contrat social*, p. 54 et suiv.

(2) Rousseau, *id.*, p. 81 et 83.

Si les théories de Rousseau retiennent notre attention, c'est qu'elles devaient avoir une influence considérable sur le législateur de la période révolutionnaire. Sans doute, plusieurs des orateurs de la Constituante étaient imbus des doctrines de Montesquieu; mais ils ne purent réussir à les faire prévaloir. Dans cette assemblée elle-même, l'autorité de Rousseau s'imposait : inutile de dire qu'elle était incontestée dans la Convention.

Quelle était la cause de cette influence? Elle peut se résumer en un mot : Rousseau fut le greffier de son siècle (1). Il n'a fait que traduire les idées, les aspirations de ses contemporains, dans un style propre à frapper l'imagination et à graver la pensée dans l'esprit.

Nous allons rencontrer chez le législateur de 1789 le même mépris de l'expérience, le même abus de l'abstraction; et nous comprendrons alors pourquoi la Révolution française, si féconde au point de vue social, a été si inféconde au point de vue politique.

(1) Saint-Girons, *Essai sur la séparation des pouvoirs*, p. 124.

PREMIÈRE PARTIE

LES DEUX POUVOIRS

Le principe de la séparation des pouvoirs, entendu *lato sensu*, peut se subdiviser en deux parties. Dans une première partie, nous examinerons rapidement quelles sont les règles qui président à la séparation des deux grands pouvoirs publics : législatif et exécutif; puis nous verrons, dans une seconde partie, quelles sont celles qui président à la séparation des autorités administrative et judiciaire.

C'est à tort, ce nous semble, que quelques publicistes ont considéré l'autorité judiciaire comme un troisième pouvoir principal, étranger, et, en quelque sorte, supérieur au pouvoir exécutif. Pour nous, et cela dérive de la nature des choses, ce n'est qu'une des deux branches du pouvoir exécutif, car les fonctions judiciaires se réduisent

à appliquer la loi à certains ordres de faits, ou, en d'autres termes, à concourir à son exécution. Or, dire que toute exécution de la loi rentre dans les attributions de la puissance exécutive, c'est presque une naïveté, tant cela est évident.

Mais si la justice est une des branches du pouvoir exécutif, c'est une branche autonome et qui doit être indépendante. Donc, si le pouvoir exécutif a le droit de nommer les juges, il doit, dans l'intérêt des justiciables, leur garantir l'indépendance par l'inamovibilité, du moins en ce qui concerne les tribunaux de l'ordre judiciaire. Nous aurons à revenir plus loin sur cette question et à étudier particulièrement la justice administrative.

Est-ce à dire que nous tendions à rabaisser le pouvoir judiciaire? Non, certes, et nous croyons, avec Rossi, qu'il est, « au bout du compte, la clef de voûte de l'édifice social », car l'objet essentiel de l'État est la distribution de la justice. Ce que nous soutenons, c'est que le pouvoir judiciaire ne forme pas un pouvoir absolument distinct du pouvoir exécutif, mais que, dans l'intérêt même de la justice, le représentant du pouvoir exécutif doit déléguer son *jus dicendi* à des magistrats amovibles dans l'ordre administratif, inamovibles dans l'ordre judiciaire.

C'est cette idée de l'indépendance nécessaire de

l'autorité judiciaire qui a conduit un certain nombre de publicistes à faire de cette autorité un troisième pouvoir. Selon nous, cette indépendance a une autre base : elle est nécessaire pour garantir la bonne administration de la justice ; étant nécessaire, elle doit être assurée par l'inamovibilité.

Et il ne faudrait pas croire que cette controverse est dépourvue de tout intérêt pratique. Elle joue un grand rôle dans la solution de ces deux questions : doit-il y avoir une justice administrative ? Les juges doivent-ils être nommés par le pouvoir exécutif ? Du moment où nous admettons que le pouvoir de juger résulte d'une délégation du pouvoir exécutif, notre solution sera affirmative sur ces deux points ; tandis que nos adversaires doivent, s'ils sont logiques, soutenir l'opinion contraire, c'est-à-dire la suppression de la justice administrative et l'élection des magistrats.

Un certain nombre d'écrivains sont partisans de la théorie des trois pouvoirs (1) ; mais leur accord cesse quand il s'agit de les déterminer. Si Kant reconnaît l'exécutif, le législatif et le judiciaire, il n'en est pas de même de Montlosier, ni de Disraeli, pour qui les trois pouvoirs sont : le roi, la

(1) Nous laissons de côté d'autres théoriciens qui, comme B. Constant et Pinheiro Ferreira, admettent cinq pouvoirs.

Chambre des pairs, la Chambre des propriétaires. De son côté, M. Vacherot (1) distingue trois pouvoirs : législatif, exécutif, administratif, et fait rentrer l'autorité judiciaire dans le pouvoir administratif.

Mais l'écrivain à l'autorité duquel nos adversaires font le plus souvent appel est, sans contredit, Montesquieu. Il est vrai que l'auteur de *l'Esprit des lois* a fait de l'autorité judiciaire un troisième pouvoir ; et cela parce qu'il était surtout préoccupé par cette idée, que la puissance de juger devait être séparée de la puissance exécutive. Toutefois, il ne nous serait pas difficile d'établir notre théorie à l'aide de Montesquieu lui-même. Que lisons-nous, en effet, dès le début du chapitre VI ? « Il y a dans chaque État trois sortes de pouvoirs : la puissance législative, la puissance exécutive des choses qui dépendent du droit des gens, et la puissance exécutive de celles qui dépendent du droit civil. » Dans ce passage, Montesquieu ne reconnaît-il pas, au moins implicitement, que, en réalité, il n'y a que deux pouvoirs : le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif, qui, lui-même, se subdivise en deux branches ?

Si nous insistons sur l'opinion de Montesquieu, c'est que sur ce point, au moins, il a exercé une

(1) Vacherot, *la Démocratie*, p. 340.

influence prépondérante sur les délibérations de la Constituante, relatives à l'organisation judiciaire. Røederer, réclamant l'élection des juges, s'emparait de l'opinion de Montesquieu (1), et argumentait ainsi : Du moment que le pouvoir judiciaire forme un troisième pouvoir, il doit puiser ses droits à la source de tout pouvoir, c'est-à-dire dans le suffrage populaire. Assurément, si les prémisses de Røederer étaient justes, sa conclusion était irréfutable.

Malouet et Cazalès combattirent l'opinion de Montesquieu. Ce dernier s'exprimait ainsi (2) : « Le pouvoir judiciaire, quoi qu'en aient dit quelques publicistes, n'est qu'une simple fonction, puisqu'il consiste dans l'application pure et simple de la loi ; il fait donc partie du pouvoir exécutif. Un philosophe qui n'est pas suspect à cette assemblée, le citoyen de Genève, a dit : « Les rois sont les juges des peuples ; quand ils ne veulent pas exercer la justice, ils la confient. »

Malgré ces efforts, l'assemblée, à une faible majorité, se rangea à l'opinion de Røederer. Et l'on put voir, chose remarquable, Montesquieu fournir des armes à la gauche de la Constituante pour

(1) Il est intéressant de voir quelle était alors sur Montesquieu l'opinion d'hommes cependant modérés, comme Røederer ; il s'exprimait ainsi : « Cet écrivain, dont on a coutume d'opposer les doctrines aux doctrines populaires. »

(2) *Moniteur universel*, séance du 5 mai 1790.

vaincre le côté droit de cette assemblée combattant ce jour-là pour les doctrines de Jean-Jacques Rousseau.

En dernier lieu, nous devons examiner une autre opinion sur le nombre des pouvoirs : on soutient qu'il n'y a qu'un pouvoir, parce que la souveraineté est nécessairement une. Parmi les écrivains qui ont défendu ce système, nous citerons Bentham, de Bonald, Destutt de Tracy. Ce dernier, dans son commentaire sur l'*Esprit des lois*, écrit : « Il n'y a en droit qu'une puissance, la volonté nationale ; et en fait il n'y en a pas d'autre que l'homme ou le corps chargé des fonctions exécutives, lequel, disposant nécessairement de l'armée et des troupes, a en main toute la force physique. »

L'erreur commise par ces auteurs, dont le système aboutirait au despotisme, consiste dans la confusion du pouvoir constituant et des pouvoirs constitués. Oui, le pouvoir constituant est un : c'est la souveraineté nationale ; mais comme le gouvernement direct est impossible et pourrait être dangereux, le peuple a dû choisir des représentants à qui il a délégué une partie de sa souveraineté : ce sont les pouvoirs constitués.

Il est essentiel, dans l'intérêt de tous, que les pouvoirs publics soient divisés entre plusieurs dépositaires mettant réciproquement obstacle à

tout empiètement : « car l'amour du pouvoir et le penchant à en abuser sont naturels au cœur de l'homme. Il n'est pas moins nécessaire de contenir les pouvoirs que de les instituer (1). »

CHAPITRE PREMIER

POUVOIR LÉGISLATIF.

Le système représentatif appliqué chez les peuples modernes repose sur deux idées : c'est au peuple qu'il appartient d'apprécier les institutions qui lui conviennent ; comme le peuple n'a ni le loisir, ni les lumières suffisantes pour que le gouvernement direct soit possible, il doit nécessairement confier la direction des affaires publiques à un petit nombre d'hommes choisis parmi les plus intelligents et les plus dignes. Ces législateurs qui doivent former l'aristocratie naturelle du pays, devront s'inspirer, dans la rédaction des lois, non seulement de la volonté générale, mais aussi et surtout des principes supérieurs de justice. Il ne suffit pas que la loi soit acceptée de tous, il faut en outre qu'elle soit en conformité avec le droit (2).

(1) Washington, paroles extraites de l'adresse d'adieu au peuple des Etats-Unis. Cornélis de Witt, *Hist. de Washington*, p. 442.

(2) Saint-Girons, liv. C, p. 148.

Nous allons examiner par quels organes s'exerce le pouvoir législatif; et nous n'aurons pas besoin de chercher dans les législations étrangères pour trouver des exemples à chaque système proposé: nos nombreuses constitutions y suffiront amplement. Les analyser, les comparer, déterminer sous quel courant d'idées elles ont vu le jour, cela nécessiterait un ouvrage spécial (1). Nous nous bornerons à retracer les lignes générales, nous arrêtant davantage à l'étude de cette grande Assemblée constituante où toutes les idées rencontraient des partisans convaincus, où toutes les théories trouvaient d'ardents défenseurs, et où, pour ses débuts, l'éloquence parlementaire atteignit des hauteurs que depuis elle n'a pas dépassées.

Le mardi 5 mai 1789 les États généraux — depuis Assemblée nationale — furent ouverts par Louis XVI à Versailles dans la salle des Menus, avenue du Château. Le roi eût voulu qu'on se bornât à une réforme financière, administrative et judiciaire; mais la nation voulait presque unanimement une constitution: les cahiers en font foi.

Tout d'abord le tiers état demande que les dé-

(1) Cet ouvrage a d'ailleurs été fait et bien fait par M. Faustin-Adolphe Hélie, *les Constitutions de la France*; derrière lui il resterait bien peu à glaner.

libérations aient lieu en commun et que les votes soient rendus par tête et non par ordre. La cour, la noblesse et le clergé s'y opposent. Mais en face d'un roi indécis, d'ordres privilégiés divisés et non moins hésitants, l'attitude énergique du tiers état et son union suffisent pour lui assurer la victoire. Dès lors l'Assemblée constituante est née.

Un de ses premiers actes fut la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Cette œuvre d'où se dégage si bien l'esprit de justice et de progrès dont tous étaient animés, fut votée le 26 août 1789 et mise en tête de la constitution des 8-13 septembre 1791.

Cette Déclaration des droits est peut-être le plus beau monument de science politique qu'ait jamais édifié une assemblée. Elle a eu une influence durable même hors de France; et toutes nos constitutions l'ont rappelée en garantissant les principes de 1789.

Nous allons reproduire quelques-uns des passages de cette déclaration :

Art. 3. Le principe de toute souveraineté réside essentiellement dans la nation. Nul corps, nul individu ne peut exercer d'autorité qui n'en émane expressément.

Art. 16. Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation

des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution.

La première question qui donna lieu à une vive discussion, fut celle de savoir si le pouvoir législatif appartiendrait à deux chambres, ou s'il n'y aurait qu'une seule chambre.

Mounier, de Lally-Tollendal, Malouet, Sieyès et Dupont de Nemours soutinrent le système des deux chambres. Dans son remarquable discours, de Lally-Tollendal s'exprimait ainsi : « C'est une vérité incontestable qu'il est dans le cœur de tous les hommes un penchant invincible vers la domination ; que tout pouvoir est voisin de l'abus du pouvoir, et qu'il faut le borner pour l'empêcher de nuire. Il faut à une force active opposer une force active ; mais il ne faut pas laisser ces deux forces exposées à être perpétuellement aux prises l'une avec l'autre. De là suit la nécessité de balancer les pouvoirs, la nécessité de diviser la puissance législative, et la nécessité de la diviser non pas en deux, mais en trois portions.

« Un pouvoir unique finira nécessairement par tout dévorer. Deux se combattront jusqu'à ce que l'un ait écrasé l'autre. Mais trois se maintiendront dans un parfait équilibre, s'ils sont combinés de telle manière que, quand deux lutteront ensemble, le troisième, également intéressé au maintien de l'un et de l'autre, se joigne à celui

qui est opprimé contre celui qui opprime et ramène la paix entre tous.

« L'unité, la célérité, le mouvement, sont de l'essence du pouvoir exécutif. La délibération, la lenteur, la stabilité doivent caractériser le pouvoir législatif (1). »

Lally-Tollendal proposait qu'il y eût une chambre des députés nommés par la nation, et un sénat nommé par le roi et les Etats provinciaux. La Chambre des représentants, émanant du peuple, aurait joui du droit exclusif de délibérer sur les subsides, d'en fixer l'étendue, la durée et le mode. Quant au Sénat, il aurait jugé les agents supérieurs du pouvoir public accusés d'en avoir fait un usage contraire à la loi.

En dehors de ces attributions spéciales, tout acte législatif eût pu prendre naissance indifféremment dans l'une ou l'autre chambre.

Ces idées ne furent pas adoptées : Thouret, Montmorency, Treilhard et Mirabeau soutinrent avec succès la nécessité d'une chambre unique.

Mirabeau demandait qu'on accordât au roi le droit de dissolution; ce droit lui fut refusé; on lui refusa également le droit de proposition. La participation du roi à la confection des lois se

(1) *Moniteur*, séance du 19 août 1789.

borna au droit de veto, qui fut déclaré suspensif pendant deux législatures seulement.

On peut résumer en peu de mots la séparation des pouvoirs établie par la constitution de 1791 : le roi a un pouvoir exécutif affaibli en présence d'une assemblée unique et toute-puissante. C'était un acheminement vers le despotisme de la Convention.

Le 10 août 1792, l'Assemblée législative décréta que le pouvoir exécutif serait provisoirement suspendu et qu'une convention nationale serait convoquée.

Aussitôt réunie, la Convention s'empara de tous les pouvoirs par l'institution du comité de salut public et du tribunal révolutionnaire. L'on assiste alors au plus terrible des despotismes, celui d'une assemblée, et de quelle assemblée !

Les événements ouvrirent les yeux aux moins clairvoyants. On revient, avec la constitution du 5 fructidor an III, aux idées d'équilibre, de pondération, de contrôle réciproque. Une déclaration des droits et devoirs de l'homme et du citoyen sert de préambule à cette constitution. L'art. 22 s'exprime ainsi : « La garantie sociale ne peut exister, si la division des pouvoirs n'est pas établie, si leurs limites ne sont pas fixées et si la responsabilité des fonctionnaires publics n'est pas assurée. »

Le pouvoir législatif est divisé entre deux chambres : le conseil des Anciens et le conseil des Cinq-Cents, tous deux élus par les mêmes électeurs : l'élection a lieu au second degré. Ces deux conseils, s'ils ont une origine identique, ont des attributions diverses : le conseil des Cinq-Cents a seul le droit d'initiative, le conseil des Anciens vote ou repousse la loi qui lui est proposée, sans avoir le droit de l'amender. Malgré cet essai de pondération, la constitution de l'an III ne produisit pas les bons résultats qu'on pouvait en attendre, et cela par suite de l'organisation défectueuse du pouvoir exécutif.

Imbus de cette idée malheureuse qui domine toute la révolution et qui consiste à croire qu'on ne saurait trop affaiblir le pouvoir exécutif, les auteurs de la constitution de l'an III confièrent ce pouvoir à un directoire, composé de cinq membres nommés par l'Assemblée; ce directoire se renouvelait tous les ans par cinquième. En attribuant la nomination du directoire au pouvoir législatif, on le mettait en tutelle. En instituant cinq directeurs, on rendait le pouvoir exécutif tout à fait impuissant. Aussi, en présence d'un gouvernement sans activité, parce qu'il était sans unité, le désordre fut bientôt partout.

Après le 18 Brumaire, il y eut trois consuls, comme il y avait eu cinq directeurs. Mais si, en

droit, le pouvoir exécutif était divisé, en fait il fut concentré dans la main du premier consul. Quant au pouvoir législatif, il s'exerçait d'après la constitution du 22 frimaire an VIII au moyen de quatre corps ayant tous des attributions distinctes : les projets de loi devaient être préparés par le conseil d'État. Le Tribunat (1) les discutait, puis les présentait au Corps législatif, qui statuait au scrutin secret, sans discussion. Audessus du Tribunat et du Corps législatif, était placé un sénat conservateur chargé de veiller au maintien de la constitution, et qui avait le droit d'annuler les actes qui lui étaient déférés comme inconstitutionnels. Cette constitution fut soumise à l'approbation du peuple.

Depuis, nombre de chartes ou de constitutions ont été votées ou octroyées. Les unes ont fait pencher la balance du côté du pouvoir exécutif; les autres ont confié la suprématie au pouvoir législatif. Presque toutes ont établi deux chambres; toutes ont reconnu comme une des bases fondamentales de notre droit public le principe de la séparation des pouvoirs, ce principe qui, comme tant d'autres, a dû le jour à l'Assemblée constituante. Il nous est impossible d'étudier ces

(1) Le Tribunat fut supprimé par un sénatus-consulte du 19 août 1807.

diverses constitutions. Nous nous arrêterons seulement aux lois constitutionnelles de 1875 qui nous régissent et qui sont au nombre de trois : la loi du 24 février 1875, la loi du 25 février et celle du 16 juillet de la même année.

Le pouvoir législatif s'exerce par deux chambres : la Chambre des députés est issue du suffrage universel direct; le Sénat est nommé par un collège spécial pour chaque département, composé des députés, des conseillers généraux, des conseillers d'arrondissement, d'un délégué élu par chaque conseil municipal parmi les électeurs de la commune. Cette seconde chambre doit servir de modérateur et opposer une certaine stabilité aux variations brusques que peut faire craindre dans l'autre chambre le système du renouvellement intégral. C'est pourquoi l'on a voulu que le Sénat ne fût renouvelé que par tiers; et un élément qui lui est particulier tend à assurer encore sa stabilité, c'est la présence de sénateurs inamovibles qui, au début, ont été nommés à vie par l'Assemblée nationale et sont remplacés par le Sénat lui-même.

L'initiative des lois appartient aux deux chambres, sauf en matière de finances; car toutes les lois de finances doivent être en premier lieu présentées à la Chambre des députés et votées par elle.

Les deux chambres réunies en assemblée nationale nomment le président de la République, qui est élu pour sept ans et rééligible. Pour rester logique avec nous-même, nous ne pouvons, après nos observations relatives au Directoire, approuver un système qui met le chef du pouvoir exécutif sous la tutelle du pouvoir législatif dont il devrait rester indépendant.

Après avoir établi quelle a été et quelle est l'organisation du pouvoir législatif, nous allons rechercher quelles sont ses fonctions. Pour cela, il nous faut déterminer ce que c'est que la loi, jusqu'où s'étend son domaine.

Montesquieu a défini les lois : les rapports nécessaires qui dérivent de la nature des choses. Cette définition est trop générale pour pouvoir servir de base à une délimitation quelconque. A ce point de vue, nous préférons la définition donnée par Ulpien, dans la loi 8, D., I, 3 : « *Jura, non in singulas personas, sed generaliter constituuntur.* » Il suffit de développer ces quelques mots pour bien marquer la ligne de démarcation entre le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif.

On a essayé de limiter le pouvoir législatif en instituant à côté de lui le pouvoir exécutif. Le législateur fixe les maximes générales du droit et établit des principes féconds en conséquences.

Il appartient au pouvoir exécutif d'en poursuivre l'exécution à l'aide de dispositions spéciales : il a été investi à cet effet d'un pouvoir réglementaire. Les lois proprement dites diffèrent des simples règlements : c'est aux lois à poser dans chaque matière les règles fondamentales et à déterminer les formes essentielles ; les détails d'exécution, les précautions provisoires ou accidentelles, les objets instantanés ou variables, en un mot, toutes les choses qui sollicitent bien plus la surveillance de l'autorité qui administre que l'intervention de la puissance qui institue, qui crée, sont du ressort des règlements. Les règlements sont des actes de magistrature, et les lois des actes de souveraineté (1).

Mais si le principe de la séparation des deux pouvoirs est établi nettement en tant que principe, on peut trouver dans la pratique des faits d'administration réglés par le législateur, et réciproquement des faits de législation réglés par le pouvoir exécutif. Comme exemple du premier cas, nous citerons : les pensions accordées conformément à l'art. 25 de la loi du 18 avril 1834, les déclarations d'utilité publique rendues suivant l'art. 1^{er} de la loi du 27 juillet 1870 ; ce sont des

(1) Locré, *Discours préliminaire sur le Code civil*, t. I, p. 218.

mesures qui ne présentent aucun caractère de généralité, et cependant une loi est exigée. D'un autre côté, il n'est pas rare de voir le pouvoir exécutif agir en législateur : l'organisation du conseil d'État est due presque en entier à des ordonnances royales ; c'est également une ordonnance, celle du 1^{er} juin 1828, qui a réglementé les conflits.

Est-ce à dire que la séparation des pouvoirs exige une séparation telle qu'il n'y ait aucun point de contact entre ces deux pouvoirs, que ce soient, pour ainsi dire, deux rouages juxtaposés l'un contre l'autre sans se toucher ? Non, car il en résulterait évidemment une lutte entre eux ou une inaction complète. Montesquieu établit la séparation absolue des pouvoirs et ajoute : « Ces trois puissances devraient former un repos ou une inaction. Mais, comme, par le mouvement nécessaire des choses, elles sont contraintes d'aller, elles seront forcées d'aller de concert (1). » Nous croyons cette affirmation inexacte : n'ayant aucun point de contact, les pouvoirs ne marcheront pas, ou, s'ils marchent, n'iront pas de concert. Lors donc qu'on dit séparation, on ne veut pas parler de cette séparation matérielle, on entend par là que les pouvoirs soient séparés de

(1) Montesquieu, *Esprit des lois*, liv. XI, chap. VI, p. 150.

telle sorte que l'un ne soit pas dans la dépendance de l'autre, de manière que chacun dans sa sphère conserve sa liberté d'action.

Mounier soutenait, avec beaucoup de raison, que le roi devait être une partie intégrante du pouvoir législatif : « Comme l'union absolue des pouvoirs produirait la tyrannie, leur désunion absolue la produirait également. » Nos diverses constitutions ont accordé au chef du pouvoir exécutif une part dans la confection des lois, soit par le droit de sanction ou de veto, soit par le droit d'initiative. Quant à la promulgation, c'est un acte d'exécution rentrant naturellement dans les attributions du pouvoir exécutif.

L'initiative a été successivement partagée entre les deux pouvoirs, ou concentrée tantôt dans le pouvoir législatif, tantôt dans le pouvoir exécutif. Le droit d'amendement, qui est le complément du droit d'initiative, a été, suivant les temps, dénié ou reconnu au législateur.

L'Assemblée constituante s'était attribué l'initiative exclusive. Sous le premier Empire et sous la Restauration, le droit d'initiative fut refusé au pouvoir législatif. D'après la charte de 1814, aucun amendement ne pouvait être voté s'il n'avait été proposé ou consenti par le roi ; l'année suivante, le droit d'amendement fut accordé aux Chambres. D'après la constitution de 1852, l'ini-

tiative appartenait au chef de l'État seul ; mais le droit d'amendement et l'initiative parlementaire furent peu à peu admis (1). La constitution de 1875, comme la charte de 1830 et la constitution de 1848, établit l'initiative partagée entre le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif.

En résumé, tout acte ne doit pas être considéré comme une loi par cela seul qu'il est l'expression de la volonté générale ; il faut encore que la matière sur laquelle statue le vœu de la nation ou de ses représentants soit commune à tous. Ainsi, lorsque le peuple d'Athènes condamnait Socrate à mort, quand le peuple romain bannisait Coriolan, manifestant leur volonté sur des objets particuliers, ils n'agissaient pas en législateurs, mais en magistrats.

Si le pouvoir législatif ne doit pas empiéter sur les attributions de l'autorité administrative, il ne doit pas non plus statuer comme juge, faire l'application des lois par lui rendues aux cas particuliers. L'art. 4^{er}, chap. V, de la constitution du 3 septembre 1791 s'exprime ainsi : « Le pouvoir judiciaire ne peut, en aucun cas, être exercé par le Corps législatif ou par le roi. » La Cour suprême eut bientôt à faire respecter cette disposi-

(1) Sénatus-consulte du 18 juillet 1866, art. 3 ; S. C. du 8 septembre 1869, art. 7 et 8.

tion. Par arrêt du 1^{er} fructidor an V, elle déclarait : « que les juges doivent décider les affaires dans l'état où elles leur sont présentées et d'après les lois existantes; qu'en déférant au Corps législatif pour obtenir une loi, le tribunal civil du Pas-de-Calais a mis le Corps législatif dans le cas d'exercer le pouvoir judiciaire, et que, sous ce rapport, son jugement renferme un excès de pouvoir. »

Toutefois, le législateur a conservé certaines attributions qui se rattachent au pouvoir judiciaire. C'est ainsi que, aux termes de l'art. 12 de la loi du 16 juillet 1875, le président de la République ne peut être mis en accusation que par la Chambre des députés et ne peut être jugé que par le Sénat. De même, les ministres peuvent être mis en accusation par la Chambre des députés pour crimes commis dans l'exercice de leurs fonctions; en ce cas, ils sont jugés par le Sénat. Enfin, le Sénat peut être constitué en cour de justice par un décret du président de la République, rendu en conseil des ministres, pour juger toute personne prévenue d'attentat commis contre la sûreté de l'État. Ces dérogations au principe de la séparation des pouvoirs se justifient, dit-on, par des nécessités politiques. Il nous semble qu'aucune considération politique ne peut prévaloir contre ce principe : que tout citoyen a droit à des juges impartiaux.

Les lois ayant été votées conformément à la constitution, il faut, pour qu'on puisse les appliquer, qu'elles soient promulguées et publiées. La promulgation atteste au corps social que la loi existe, commande aux autorités administrative et judiciaire de la publier et de la faire observer; dès lors elle est exécutoire. La publication consiste dans le fait même, qui opère à la fois la connaissance de la loi et de sa promulgation; dès lors elle devient obligatoire. La promulgation et la publication des lois et décrets sont actuellement régies par le décret des 5-11 novembre 1870.

Si des difficultés s'élèvent sur l'interprétation des lois, si un désaccord existe entre des cours d'appel et la Cour de cassation, qui statuera? L'interprétation par voie de disposition générale fut accordée au pouvoir législatif par la loi des 16-24 août 1790, titre II, art. 12, et par la constitution de l'an III, art. 266. Lors de la constitution de l'an VIII, ce droit fut, après discussion, reconnu au conseil d'État, dont l'avis devait être approuvé par le chef du pouvoir exécutif. On argumentait de l'art. 52 de la constitution du 22 frimaire; la loi du 16 septembre 1807 décida, d'ailleurs, en ce sens. Après la charte de 1814, on soutint que l'interprétation devait appartenir au pouvoir législatif. Mais un avis du conseil

d'État, du 27 novembre 1823, vint décider que la loi de 1807 n'avait pas été abrogée par la Charte. Parmi les motifs invoqués, nous lisons que la Charte a consacré le principe de la division des pouvoirs, et que d'après le système contraire les pouvoirs seraient confondus, puisqu'une partie de l'autorité judiciaire serait exercée par les Chambres. En effet, d'après la législation alors en vigueur, la Cour de cassation ne pouvait rendre une solution définitive sur la question en litige; elle devait attendre un décret interprétatif.

L'interprétation fut restituée au pouvoir législatif par la loi du 30 juillet 1828. Après cassation de deux arrêts sur une même affaire, il en est référé au roi, pour que, dans la session suivante, une loi interprétative soit rendue. Quant à l'affaire même, elle est renvoyée à une cour royale, qui statue définitivement. Dans un petit nombre de cas, le gouvernement en référa aux Chambres qui, elles-mêmes, semblaient répugner à s'occuper de ces intérêts ne présentant pas ordinairement le caractère de généralité qui doit distinguer les lois (1). C'est pour ce motif que fut rendue la loi du 1^{er} avril 1837. Celle-ci donne

(1) Exposé des motifs de la loi de 1837 devant la Chambre des pairs.

le dernier mot à la Cour de cassation sur la question en litige, ce qui réalise un véritable progrès. Elle supprime le référé obligatoire au pouvoir législatif pour l'interprétation des lois. Cette dernière innovation nous semble peu heureuse: elle a pour résultat d'entretenir l'incertitude dans la jurisprudence. Sans doute il est conforme au principe de la séparation des pouvoirs que l'autorité judiciaire, représentée par la Cour de cassation, statue définitivement sur l'affaire qui lui est soumise; mais lorsque, entre la Cour de cassation et deux cours d'appel, une divergence se manifeste par deux arrêts de cassation successifs, n'est-il pas évident que la loi est obscure? Une loi interprétative devrait donc être rendue.

Le législateur, ayant seul le droit de faire les lois, a seul le droit de les abroger. Il les abroge soit explicitement, soit implicitement, lorsqu'il vote une loi nouvelle contenant des dispositions contraires aux lois antérieures. L'abrogation peut-elle résulter du non-usage, de la désuétude? Sous peine de tomber dans l'incertitude la plus complète, on ne peut accorder à la désuétude le pouvoir de défaire les lois. Ce qui était raisonnable avant 1789, sous l'empire d'une législation coutumière, ne se comprend plus avec nos lois codifiées. Permettre au pouvoir judiciaire de dé-

terminer quand une loi positive aura été abrogée par le non-usage, ce serait lui permettre de faire acte législatif, ce serait violer le principe de la séparation des pouvoirs. La Cour de cassation a cependant, durant quelque temps, donné raison à l'usage contre la loi. En effet, la loi du 25 ventôse an XI, art. 9 et 68, exigeait que les actes notariés fussent reçus par deux notaires ou par un notaire assisté de deux témoins; en fait, le plus souvent, un notaire seul recevait l'acte. Dans plusieurs arrêts, notamment dans celui du 14 juillet 1815, la Cour décida que cet usage constant était une modification de la loi de ventôse an XI; elle se fondait sur ce fait qu'un usage notoire, quoiqu'il soit contraire à une loi expresse, doit garantir la validité des actes faits sous son influence, suivant la règle : *error communis facit jus*. Une telle décision était contraire aux principes et inspirée par des nécessités pratiques.

Dans deux arrêts rendus la même année (1), la Cour suprême revint sur sa première décision. L'arrêt du 25 janvier décide que, sous le régime exclusif de la loi écrite, un usage, quelque général qu'il soit, ne peut abroger une disposition légale; que si l'usage a produit cet effet, c'était

(1) Arrêts du 25 janvier 1841 et du 16 novembre 1841.

dans le temps où la coutume était réputée une loi. Et parmi les motifs nous rencontrons celui : « Attendu que les contraventions à une disposition législative ne peuvent être légitimées par leur nombre même. » N'est-ce pas la condamnation formelle de l'arrêt de 1815 ? La seconde décision, qui est un arrêt de rejet, est conçue dans le même esprit que l'arrêt de cassation du 25 janvier 1841.

Par suite de ce brusque revirement de jurisprudence, une grande partie des actes notariés étaient susceptibles d'être annulés. Le législateur crut devoir intervenir. Par la loi du 21 juin 1843, il valida rétroactivement tous les actes notariés faits depuis la promulgation de la loi du 25 ventôse an XI, lorsque le notaire en second ou les deux témoins instrumentaires n'avaient pas été présents à la réception de ces actes. On pourrait objecter que l'art. 2 du Code civil décide que les lois ne disposent que pour l'avenir, qu'elles n'ont pas d'effet rétroactif. Mais ce n'est là qu'un précepte tracé au juge pour l'application de la loi, et cette règle ne doit pas être considérée comme une restriction à l'omnipotence législative. Il en était différemment sous la constitution de l'an III : l'art. 14 de la Déclaration des droits et devoirs, qui précédait cette constitution, avait posé comme règle qu'aucune loi, ni criminelle ni civile, ne

pourrait avoir d'effet rétroactif. Cette disposition, qui s'explique historiquement par l'abus que le législateur révolutionnaire avait fait de la rétroactivité, ne peut se justifier en théorie; aussi, n'a-t-elle pas été reproduite dans les constitutions qui ont suivi celle de l'an III (1). Si donc une loi rétroactive est rendue, les juges doivent l'appliquer. En effet, il ne leur appartient pas de juger la loi; leur devoir est de l'appliquer telle qu'elle est, sans qu'il leur soit jamais permis de la modifier ou de la restreindre par aucune considération, quelque puissante qu'elle soit.

On s'est demandé, au point de vue de la rétroactivité, quel devait être l'effet d'une loi interprétative. D'après une opinion soutenue par M. Duvergier (2), la loi interprétative n'aurait d'effet que pour l'avenir. Nous croyons que la loi interprétative doit prendre rang d'après la date de la loi interprétée, qu'elle se confond avec elle. Les rédacteurs du projet du Code avaient ajouté à l'article 2 : « Néanmoins la loi interprétative d'une loi précédente aura son effet du jour de la loi qu'elle explique, sans préjudice des jugements rendus en dernier ressort, des transactions, déci-

(1) Aubry et Rau, t. I, p. 58.

(2) Duvergier, t. XXVIII, p. 244, note 4; Zachariæ, § 30, texte *in fine*, note 6.

sions arbitrales et autres passées en force de chose jugée. » Portalis fit supprimer cette disposition en invoquant ce motif qu'il serait difficile de déterminer ce qu'on doit entendre par une loi interprétative. Cette disposition conserve donc sa valeur et montre bien quelle était l'opinion des rédacteurs du Code. D'ailleurs, en décidant que la loi interprétative a son effet du jour de la loi interprétée, on ne lèse personne, il n'y a pas de droit acquis, puisqu'il y a controverse (1).

Pour pouvoir remplir sa mission, le législateur doit être indépendant à l'égard du pouvoir exécutif et vis-à-vis de la chambre dont il fait partie. Doit-il aussi être indépendant à l'égard de ses électeurs ? C'est une question que nous examinerons.

Le législateur, depuis 1789, a toujours été protégé contre les atteintes du pouvoir exécutif. Sans doute l'inviolabilité parlementaire a été méconnue sous la Terreur : elle l'a été aussi lors des différents coups d'État (2) qui se sont succédé depuis cette époque ; mais un peuple ne vit pas sous le régime normal des coups d'État. Cette

(1) En ce sens Toullier, I, n° 81 ; Demolombe, I n° 66, 721 ; Aubry et Rau, I, p. 60 ; plusieurs arrêts de cassation, notamment 20 décembre 1843.

(2) 5 fructidor an V ; 18 brumaire an VIII ; 2 décembre 1852 ; 4 septembre 1870.

inviolabilité n'en reste pas moins un excellent principe, n'en constitue pas moins une puissante garantie de l'indépendance du pouvoir législatif. Voici quelles sont à ce sujet les dispositions de la constitution de 1875 (1) :

Article 13. Aucun membre de l'une ou de l'autre chambre ne peut, pendant la durée de la session, être poursuivi ou arrêté en matière criminelle ou correctionnelle qu'avec l'autorisation de la chambre dont il fait partie, sauf le cas de flagrant délit. La détention ou la poursuite d'un membre de l'une ou de l'autre chambre est suspendue pendant la session, et pour toute sa durée, si la chambre le requiert.

Faudrait-il en outre établir pour les législateurs l'incapacité d'être nommés à des fonctions publiques ? Si en théorie l'affirmative n'est pas douteuse, en pratique il peut y avoir des inconvénients à accepter ce système : le nombre des hommes de valeur n'est pas d'ordinaire tel dans un pays que l'on puisse sans danger les enlever aux fonctions publiques, s'ils sont élus députés ou sénateurs. Malgré cela, nous pensons qu'il faudrait établir l'incompatibilité absolue entre les fonctions publiques et le mandat législatif. Ce cumul engendre deux dangers qui, outre

(1) Loi du 16 juillet 1875.

qu'ils faussent l'esprit du système représentatif, sont vraiment immoraux : il est à craindre que certains législateurs n'usent de leur position pour se faire quémandeurs dans leur propre intérêt, et il est à redouter aussi que le pouvoir exécutif parvienne par ce moyen à se composer une majorité de fonctionnaires.

La Constituante avait établi l'incapacité absolue pour un député d'accepter aucune place, don, pension, traitement ou emploi, même en donnant sa démission (1). Cette incapacité fut prolongée pendant quatre ans après la cessation des fonctions législatives, d'après l'acte du 25 mai 1791, puis réduite à deux ans (2). Nous verrions avec plaisir renaître cette mesure, qui assurerait l'indépendance et la dignité du législateur.

L'indépendance du législateur à l'égard de la chambre à laquelle il appartient doit exister quant à la validité de ses pouvoirs et quant à leur durée. Selon nous, il est contraire à l'équité et au principe de la division des pouvoirs que les chambres soient juges de la validité des mandats législatifs accordés à chacun de leurs membres. Nous dénions également aux chambres le droit d'expulsion : une majorité intolérante pourrait

(1) Déclaration du 26 janvier 1789.

(2) *Constitution du 3 septembre 1791*, chap. II, section 4, art. 2.

user de ce droit pour supprimer ses adversaires.

Enfin on a voulu que le député fût indépendant à l'égard de ses électeurs ; et pour cela on a prohibé le mandat impératif et le mandat révocable. Au premier abord cette prohibition semble peu raisonnable : il y a un contrat librement passé entre les électeurs et l'élu, contrat qui ne paraît contenir rien d'illicite, rien d'immoral, pourquoi l'annuler ? Cependant le mandat impératif n'a jamais été admis, même en 1793. Talleyrand l'a attaqué dans un remarquable discours (1) dont voici l'argument principal : Une circonscription n'a pas pu dire à son député : Je vous ordonne de manifester telle opinion, lorsque telle question sera agitée ; car pourquoi envoie-t-elle un député ? C'est certainement pour concourir aux délibérations ; or il est impossible de délibérer lorsqu'on a une opinion forcée. Un autre argument peut être invoqué ; nous le formulerons ainsi : on n'est pas député, mandataire d'une localité. En effet, aux termes de l'article 52 de la constitution de l'an III, « les membres du Corps législatif ne sont pas représentants du département qui les a nommés, mais de la nation entière ; et il ne peut leur être donné aucun

(1) Discours prononcé dans la séance du 7 juillet 1789.

mandat. » En un mot, l'unité nationale exclut toute idée de mandat impératif(1).

Quelle est la conséquence de cette doctrine ? « Tout mandat impératif est nul et de nul effet, » dit l'article 13 de la loi du 30 novembre 1875. Cette mesure est insuffisante. Il faut, selon nous, ou admettre la légalité du mandat impératif, ou prononcer la nullité de l'élection. La législation actuelle sert à encourager la violation des promesses solennellement faites. En effet, lorsqu'un homme a consenti à accepter un mandat impératif, s'il est élu, quelle sera sa situation ? Est-il honnête : bien que la loi prononce la nullité du mandat, il se considérera comme obligé moralement à tenir ses promesses. Si, au contraire, c'est un malhonnête homme, se retranchant derrière la légalité, il violera les engagements pris. Spectacle affligeant que celui d'une disposition législative encourageant, imposant même la mauvaise foi.

CHAPITRE II

POUVOIR EXÉCUTIF.

Le pouvoir exécutif, pouvoir distinct du pouvoir législatif, doit avoir une origine distincte.

(1) Rossi, *Cours de droit constitutionnel*, t. IV, p. 7.

Nous n'approuvons donc pas la disposition de la constitution actuelle aux termes de laquelle le président de la République est élu par la Chambre des députés et le Sénat réunis en assemblée nationale. Comment pourrait-il puiser dans cette origine une force nécessaire pour remplir sa mission ? Quelle doit être la source de ses pouvoirs ? L'article 3 de la déclaration du 26 août 1789 s'exprime ainsi : « Le principe de toute souveraineté réside essentiellement dans la nation : nul corps, nul individu ne peut exercer d'autorité qui n'en émane expressément. » De cet article que nous considérons comme une des bases fondamentales du droit public moderne, il résulte que le chef du pouvoir exécutif doit puiser ses droits, ses pouvoirs, dans la consécration populaire.

On a proposé la suppression du pouvoir exécutif. Cette proposition ne saurait raisonnablement se soutenir. Supprimer le pouvoir exécutif, c'est accorder au pouvoir législatif une autorité sans limites ; or, si nous craignons le despotisme, nous le craignons surtout dans une assemblée, parce que là il est anonyme, parce que là il est irresponsable. En outre, les chambres sont absolument incapables d'avoir la rapidité et la continuité d'action nécessaires au gouvernement. Il faut que le pouvoir exécutif soit un, conformé-

ment à la maxime si sage posée par le législateur de l'an VIII : agir est le fait d'un seul, délibérer le fait de plusieurs. En repoussant la forme collective du pouvoir exécutif, nous pouvons invoquer l'expérience faite sous le Directoire et dont l'insuccès fut si complet.

Le pouvoir exécutif se subdivise en trois branches : le gouvernement, l'administration, la justice. On peut unir les deux premières parties de ce tout ; car toutes deux ont le même but : l'administration est le bras auquel l'impulsion est donnée par le gouvernement qui est la tête. Serigny avait en vue la même idée, lorsqu'il écrivait : « Il s'agit d'une même échelle occupée par un seul pouvoir, sous des noms différents : il s'appelle gouvernement dans les degrés supérieurs et administration dans les degrés inférieurs. »

Le chef de l'Etat nomme les agents du pouvoir exécutif, et reste le maître de les révoquer. Cependant il en est qui échappent à son droit de révocation. Les uns sont garantis par leur inamovibilité : ce sont les membres des tribunaux de l'ordre judiciaire et les membres de la cour des comptes. D'autres ne sauraient perdre leur position en dehors des cas prévus par la loi : ce sont les officiers des armées de terre et de mer, conformément à l'article 1^{er} de la loi du 19 mai 1834. Le droit de révocation avait été retiré au

chef de l'Etat en ce qui concernait les conseillers d'Etat. Nommés par l'Assemblée nationale, ils ne pouvaient être révoqués que par elle ; le président de la République jouissait seulement du droit de les suspendre pour un temps qui ne pouvait excéder deux mois (1). Il en est différemment d'après l'art. 4 de la loi du 25 février 1875.

Et d'abord, si le chef du pouvoir exécutif peut nommer les juges, il ne peut rendre la justice lui-même. On a proscrit à bon droit cette maxime à l'aide de laquelle se justifiaient les lits de justice : *adveniente principe, cessat magistratus*. Toutefois, pendant longtemps il en fut autrement en matière de contentieux administratif : le conseil d'Etat ne donnait qu'un avis ; c'était le roi ou l'empereur qui décidait. Depuis la loi du 22 mai 1872, un pouvoir propre a été accordé au conseil d'Etat en matière contentieuse. Actuellement le chef de l'Etat n'a plus aucune attribution contentieuse, ce qui est un grand progrès, car un agent de l'administration active ne devrait jamais être juge.

Avant la révolution de 1789, c'était le roi qui faisait la loi par ses ordonnances ou par ses édits. Depuis lors, le droit de voter des lois appartient aux représentants du pays élus à cet effet.

(1) Art. 3 de la loi du 24 mai 1872.

Cependant, à diverses époques, le chef du pouvoir exécutif a concentré sur sa tête un véritable pouvoir dictatorial ; il a pu faire ou défaire des lois dans des décrets connus sous le nom de décrets-lois.

Nous avons vu que le chef du pouvoir exécutif avait toujours eu une part plus ou moins grande dans la confection des lois : soit par le droit d'initiative, partagé ou exclusif, soit par le droit de sanction. D'après la constitution de 1875, l'initiative se partage entre le président de la République, le Sénat et la Chambre des députés. Le président de la République promulgue les lois dans le mois qui suit la transmission au gouvernement de la loi définitivement adoptée ; lorsque l'urgence a été votée expressément dans l'une et l'autre Chambre, la promulgation doit se faire dans les trois jours. Durant le délai fixé pour la promulgation, le président de la République peut, par un message motivé, demander aux deux Chambres une nouvelle délibération qui ne saurait être refusée.

Là se borne l'action du pouvoir exécutif sur le pouvoir législatif. Mais nous avons déjà montré que l'empire de la loi avait ses limites : en principe, toute fonction qui se rapporte à un objet individuel n'appartient pas à la puissance législative et rentre dans le domaine de la puissance

exécutive. En conséquence, le législateur se borne à poser des principes généraux ; il appartient au chef de l'Etat, par lui-même, ou par ses agents, d'en assurer l'exécution. Pour cela, il ne suffit pas toujours qu'il fasse connaître la loi, qu'il la rende obligatoire, il est souvent amené à la compléter en rédigeant des règlements sur des matières qui rentrent dans l'administration publique.

Le règlement, entouré de garanties moins solennelles mais non moins protectrices que celles de la loi, peut seul concilier la maturité de l'examen avec la promptitude de la solution. C'est un acte au moyen duquel l'autorité administrative est appelée, en vertu d'une délégation spéciale ou générale, écrite dans la loi, à compléter l'œuvre du législateur, en formulant les règles à suivre sur tel ou tel point de détail que le législateur n'a pas cru devoir régler lui-même.

Toutes nos constitutions ont reconnu au chef de l'Etat ce pouvoir réglementaire. L'article 4 de la charte de 1814 donnait au roi le droit de faire des ordonnances pour l'exécution des lois et la sûreté de l'Etat : interprétant ces derniers mots dans un sens par trop extensif, Charles X publia, le 26 juillet 1830, les ordonnances qui devaient amener sa chute. En revisant la Charte, on fit

disparaître de l'article 14 le dernier paragraphe : « et la sûreté de l'Etat » ; le roi resta seulement chargé d'assurer l'exécution des lois. Il en est de même d'après l'art. 6 de la constitution de 1852, portant que l'empereur fait les règlements et décrets nécessaires pour l'exécution des lois.

Le chef du pouvoir exécutif ne statue pas seulement par voie de dispositions générales ; il agit aussi par voie d'actes spéciaux et individuels. Ces décrets administratifs se subdivisent en deux catégories. Pour les uns, la loi spécifie qu'ils devront être rendus dans la forme des règlements d'administration publique ; ils doivent donc être préalablement soumis au conseil d'Etat. Comme exemples, nous citerons : les décrets portant concession de mines ; ceux qui autorisent un changement de nom ; ceux qui déclarent l'utilité publique pour l'exécution des canaux et chemins de fer d'embranchement de moins de vingt kilomètres de longueur, des lacunes et rectifications de routes nationales, des ports et de tous autres travaux de moindre importance.

Les autres décrets sont rendus sur la seule proposition du ministre qui les contresigne ; l'intervention du conseil d'Etat, au lieu d'être obligatoire, est facultative.

Le pouvoir exécutif se produit donc tantôt en réglementant, tantôt en agissant sur les admi-

nistrés. Il est possible que ses règlements ou ses actes rencontrent l'intérêt privé des citoyens, le froissent ou le lèsent. Alors peut s'élever une réclamation sur laquelle l'autorité administrative aura à statuer.

Le chef de l'Etat ne se borne pas à faire exécuter la loi ou à la compléter sur les points de détail, il a aussi d'autres attributions. C'est ainsi qu'il représente l'Etat et préside à toutes les cérémonies publiques. Il nomme ou révoque les ministres, peut dissoudre la Chambre des députés sur l'avis conforme du Sénat et convoquer les électeurs pour en élire une autre.

A qui doit appartenir le droit de déclarer la guerre ? Nous croyons que ce droit doit appartenir au pouvoir exécutif, qui est le pouvoir actif dans l'Etat. Mais alors même qu'on le reconnaît au pouvoir exécutif, ce droit est limité en ce sens qu'il est nécessaire d'obtenir de la volonté nationale, exprimée par les représentants du pays, le moyen de faire la guerre, c'est-à-dire le vote des subsides.

L'opinion que nous soutenons a été adoptée par Necker (1), qui s'appuie sur le motif suivant : il n'y aurait aucune égalité entre un monarque qui

(1) Necker, *Du pouvoir exécutif dans les grands Etats*, VIII, p. 217.

déclarerait la guerre en la faisant et une assemblée nationale qui discuterait à huis ouvert une pareille question, manifestant ainsi ses dispositions bien avant l'époque où l'action devrait commencer.

D'après la loi constitutionnelle du 16 juillet 1875, le président de la République ne peut déclarer la guerre sans l'assentiment préalable des deux Chambres. Il négocie et ratifie les traités, sous l'obligation de les porter à la connaissance des Chambres, aussitôt que l'intérêt et la sûreté de l'Etat le permettront. Les traités de paix, de commerce, les traités qui engagent les finances de l'Etat, ceux qui sont relatifs à l'état des personnes et au droit de propriété des Français à l'étranger, ne sont définitifs qu'après avoir été votés par les deux Chambres. Nulle cession, nul échange, nulle adjonction de territoire ne peut avoir lieu qu'en vertu d'une loi (1).

Le droit de grâce appartient au chef de l'Etat. Souvent attaquée, cette prérogative est facile à justifier. Pour le juge, la loi est inflexible ; il doit l'appliquer dans toute sa rigueur. Parfois il est utile que la grâce suive la justice pour compléter son œuvre. A qui pourrait-on accorder ce droit de pardon qui est une mesure individuelle, si ce

(1) Article 8.

n'est au chef de l'Etat? Lui seul a le droit de faire grâce : le conseil d'Etat a constamment annulé, comme entachés d'excès de pouvoir, les arrêtés des conseils de préfecture qui portaient réduction des amendes fixées par les règlements en matière de voirie (1).

Le droit de grâce n'implique nullement le droit d'amnistie. Cependant il en fut autrement aussi bien sous la charte de 1830 que sous celle de 1814. Napoléon I^{er} s'était fait accorder, par l'article 57 de l'acte additionnel, le droit d'amnistie indépendamment du droit de grâce. Actuellement le président de la République peut accorder une grâce, tandis que pour l'amnistie il faut une loi.

La grâce, même individuelle, intervient après la condamnation, elle laisse subsister le délit et les déchéances qu'il entraîne ; son effet se borne à diminuer ou à remettre la peine. L'amnistie, au contraire, est générale ; elle anéantit complètement le fait punissable, et peut intervenir avant toute poursuite. La décision contenue dans la constitution de 1875 est donc conforme à la nature des choses, bien qu'elle ait été inspirée plutôt par le souvenir de faits récents que par l'idée de respecter le principe, qui doit, autant que possible, présider à la séparation des deux pouvoirs.

(1) Ordonnance du 25 novembre 1842 (Lauret et Champion).

Une seule raison milite en faveur du droit d'amnistie concédé au pouvoir exécutif, elle est ainsi exposée par M. Dufour (1) : « D'après la rigueur des principes, l'amnistie doit être accordée par un acte législatif; mais cela est assez difficile à concilier avec les exigences pratiques, avec le but même qu'on se propose par cette mesure. On veut effacer : or, n'est-ce pas exciter les passions par des discussions que d'exiger une loi ? On enlève à cette mesure son mérite d'acte de clémence libre, spontané. » Si sérieuse que soit cette considération, elle ne nous semble pas suffisante pour enlever au pouvoir législatif une prérogative qui lui revient de droit : l'auteur du passage que nous venons de citer le reconnaît lui-même.

Le chef de l'Etat a encore le droit de délivrer des lettres de réhabilitation aux condamnés qui ont subi leur peine, ou obtenu des lettres de grâce ; mais il faut pour cela un avis favorable de la cour d'appel dans le ressort de laquelle réside celui qui a demandé sa réhabilitation (2).

Nous avons ainsi fixé quelles étaient les attributions du pouvoir exécutif. En terminant, nous signalerons une erreur qui consiste à croire que,

(1) G. Dufour, *le Pouvoir exécutif. Revue de législation*, t. XXXII.

(2) Code d'instruction criminelle, art. 619-634.

pour assurer la liberté, il faut affaiblir le pouvoir exécutif. Cet affaiblissement établit le despotisme d'une Assemblée ; les théories de la Constituante engendrent la Convention. Il faut que le pouvoir exécutif, comme le pouvoir législatif, soit libre et indépendant dans sa sphère. Cette limitation des deux pouvoirs l'un par l'autre est la meilleure garantie de la liberté.

DEUXIÈME PARTIE

LES DEUX AUTORITÉS



Nous allons examiner ici quelle est l'organisation respective de l'autorité administrative et de l'autorité judiciaire. Après cette étude sommaire, il nous sera plus facile de fixer la ligne de démarcation entre ces deux autorités, et de comprendre les règles qui sont destinées à maintenir chacune d'elles dans la sphère de ses attributions. En ce qui concerne l'autorité administrative, nous étudierons spécialement celle qui a des attributions contentieuses, sans nous occuper de l'administration active. Ce sera, en un mot, une étude sur l'organisation des tribunaux administratifs et des tribunaux judiciaires.

CHAPITRE PREMIER

ORGANISATION DES TRIBUNAUX DE L'ORDRE ADMINISTRATIF ET DE L'ORDRE JUDICIAIRE.

SECTION PREMIÈRE. — *Autorité administrative.*

L'organisation administrative a une grande importance, car, selon l'expression d'un tribun (1), l'administration est l'autorité qui touche de plus près et le plus souvent les citoyens. Cette organisation du pays fut l'œuvre du Consulat. « C'est le Consulat qui donna à la France une administration encore aujourd'hui incomparable par l'énergie, la rapidité et la précision de l'action (2). »

L'un des caractères généraux de l'administration française est la centralisation. Elle consiste à rattacher tous les services publics à un centre commun d'où part l'impulsion, par où s'exerce le contrôle. Parmi les principes qui dominent notre droit administratif, se rencontre encore la séparation de la délibération et de l'action, séparation qui ne remonte pas au delà de l'an VIII en tant

(1) Gillet, de l'Oise, lors de la discussion de la loi de l'an VIII.

(2) Dufour, *Traité de droit administratif*, t. I, n° 538.

que principe absolu. Il y a unité dans l'action, ce qui assure la rapidité dans l'exécution. Quant à la délibération, elle appartient à des corps spéciaux qui tantôt ont des attributions propres, tantôt remplissent des fonctions consultatives.

Avant 1789, la France était administrative-ment divisée en généralités qui étaient au nombre de trente-deux. A leur tête était placé un intendant dont les pouvoirs étaient plus étendus dans les pays d'élection que dans les pays d'Etats. La loi du 22 décembre 1789-8 janvier 1790 divisa la France en départements, dont le nombre fut fixé à 83. Chaque département était divisé en districts (1); chaque district se divisait en cantons.

Il y avait une administration de département, une administration de district et une municipalité en chaque ville, bourg, paroisse ou communauté de campagne. Toutes ces administrations étaient élues; l'élection avait lieu au second degré. Chaque administration de département ou de district choisissait dans son sein un directoire à qui appartenait le pouvoir exécutif.

La constitution du 5 fructidor an III, dans son titre VII, supprima les administrations de district et créa la municipalité de canton, formée par la réunion des agents municipaux de cha-

(1) Ces districts devaient être de trois à neuf, art. 2.

que commune. Les municipalités de canton étaient compétentes pour les objets précédemment attribués aux municipalités, et, en outre, pour ceux qui auparavant étaient délégués aux administrations de district.

La loi du 28 pluviôse an VIII vint refondre toute cette organisation. Pour comprendre dans quel but, avec quelles tendances cette loi fut proposée et votée, il faut étudier le remarquable exposé des motifs fait par Rœderer (1). Au début de son discours, Rœderer dit qu'une nouvelle division du territoire était nécessaire. La division par cantons présentait trois inconvénients : les cantons étaient d'une étendue trop bornée pour fournir généralement des administrateurs instruits ; d'un autre côté, leur étendue était trop grande pour que l'administration municipale pût être présente à cette multitude d'actes qui, dans la société, exigent à chaque instant son intervention ; enfin les administrateurs étaient trop nombreux pour que l'administration ne fût par très coûteuse.

Pour obvier à ces inconvénients le projet réunissait les 6,000 cantons de la République en 398 arrondissements communaux : la division était faite conformément aux principes qui déter-

(1) Discours prononcé au Corps législatif dans la séance du 18 pluviôse an VIII.

minèrent la plupart des divisions en districts faites par l'Assemblée constituante.

On distingue suivant Røederer trois services distincts dans l'administration : 1° l'administration proprement dite; 2° les jugements qui se rendent d'office en matière de contributions et qui consistent dans les différentes répartitions qui se font entre les masses et les individus; 3° le jugement du contentieux dans toutes les parties de l'administration.

Nous considérons que les services administratifs doivent être ramenés de trois à deux. En effet, le droit de répartition en matière de contributions n'appartient pas à l'administration, mais à des corps représentatifs élus : conseils généraux, conseils d'arrondissement, commissions de répartiteurs. Ces corps ne rendent pas de jugements, ils prennent seulement des délibérations.

La division de l'administration se réduit donc à deux parties : l'administration active et l'administration délibérante dans le domaine de laquelle rentre le jugement du contentieux en ce qui concerne le conseil d'État et le conseil de préfecture. L'administration active est remise à un seul magistrat dans chaque degré du pouvoir administratif; ce sont, après le chef de l'État, le préfet, le sous-préfet et le maire. Tout ce qui est relatif au contentieux est remis à un corps, nous dit

Rœderer; ce corps est dans l'organisation départementale et communale le conseil de préfecture. Toutes ces dispositions sont fondées sur ces deux principes si souvent rappelés depuis : administrer doit être le fait d'un seul homme, et juger, le fait de plusieurs.

Il parut nécessaire aux auteurs du projet de remettre le contentieux de l'administration à un conseil de préfecture : « pour ménager au préfet le temps que demande l'administration ; pour garantir aux parties intéressées qu'elles ne seraient pas jugées sur des rapports et des avis de bureaux ; pour donner à la propriété des juges accoutumés au ministère de la justice, à ses règles, à ses formes ; pour donner tout à la fois à l'intérêt particulier et à l'intérêt public la sûreté qu'on ne peut guère attendre d'un jugement porté par un seul homme : car cet administrateur qui balance avec impartialité des intérêts collectifs peut se trouver prévenu et passionné quand il s'agit de l'intérêt d'un particulier, et être sollicité par ses affections ou ses haines personnelles à trahir l'intérêt public ou à blesser les droits des parties. »

Il faudrait conclure de ces paroles que l'action et le jugement doivent toujours être remis à des mains différentes. Nous verrons plus loin qu'on n'a pas été fidèle au principe posé. C'est ce que le tribun Gillet, de l'Oise, faisait ressortir en ces

termes : « La division de l'administration et du contentieux est une de ces idées saines et justes auxquelles on ne peut se refuser d'applaudir ; mais je pense qu'entre ces deux parties, il faudra tirer une ligne de démarcation bien prononcée, et qu'elle ne l'est pas assez dans le projet. Je trouve que dans le projet le préfet se mêle trop souvent et surtout avec trop d'influence aux juges du contentieux. » Ces critiques ne furent pas les seules adressées au projet du gouvernement dans le sein du Tribunal. Les autres critiques portèrent notamment sur la nouvelle division territoriale, sur la nomination des maires par le préfet.

Malgré ces attaques, le projet si bien présenté par Rœderer fut voté successivement au Tribunal et au Corps législatif et devint la loi du 28 pluviôse an VIII, qui est restée la base de notre organisation départementale et communale.

Ce qu'il nous importait surtout de faire remarquer, c'est que, dans l'exposé des motifs de cette loi, se trouve le principe qui doit servir de base à la distinction entre l'administration active et l'administration chargée du contentieux : administrer doit être le fait d'un seul homme, juger, le fait de plusieurs.

Laissant de côté tout ce qui concerne l'administration proprement dite, nous allons étudier les principales autorités chargées du contentieux

administratif. Au premier rang se place le conseil d'État.

§ 1^{er}. — *Conseil d'État.*

Si nous en croyons M. Serrigny (1), le conseil d'État a des origines plus anciennes que celles de la monarchie française. Sous cette monarchie, nous rencontrons le conseil du roi qui, au treizième siècle, se subdivise en plusieurs parties ; c'est alors que le parlement et la chambre des comptes en sont détachés pour devenir sédentaires. Quant au conseil privé du prince, il se prononce sur les questions de législation et de gouvernement ; il jouit en même temps d'un pouvoir de juridiction : le roi y évoque les affaires qu'il veut. Sa constitution définitive fut l'œuvre de Richelieu, puis de Colbert. Les règlements du 12 novembre 1622 et du 1^{er} juin 1624 firent prédominer les légistes et les laïques sur les nobles et les ecclésiastiques.

Aux termes d'un règlement du 1^{er} janvier 1585, le conseil du roi était divisé en quatre sections : le conseil d'État, le conseil privé, le conseil des finances et le conseil des dépêches. Plus tard fut créé le conseil du commerce.

(1) Voir Serrigny, *Droit public et administratif romain*, t. I, p. 45.

Alors, ainsi que le fait observer Denisart, le véritable centre du conseil du roi est le conseil privé, connu également sous le nom de conseil des parties. Il annule les arrêts contraires aux lois ; il connaît des demandes en contrariété d'arrêts, des demandes d'évocation d'une cour à une autre cour pour parenté ou alliance ; il revise les procès criminels ; enfin, c'est devant lui que le roi use du droit d'évocation ; devant lui aussi que, dans certains cas, on forme appel contre les ordonnances des intendants (1). Les attributions du conseil d'État proprement dit se bornent aux affaires d'État ; il donne son avis sur les déclarations de guerre, sur les traités de paix. Ce conseil se composait du roi et des ministres d'État.

Avec la Révolution, le conseil des parties disparaît pour faire place à la Cour de cassation. Les attributions du conseil d'État passent aux ministres réunis en conseil sous la présidence du roi, d'après l'art. 15 de la loi du 25 mai 1791. Au nombre des fonctions du conseil d'État se placent l'examen des difficultés et la discussion des affaires dont la connaissance appartient au pouvoir exécutif, tant à l'égard des objets dont les corps

(1) Le règlement du 28 juin 1738, œuvre du chancelier d'Anguesseau, indique la procédure à suivre devant le conseil privé. Ce règlement est encore en usage sur certains points devant la Cour de cassation.

administratifs et municipaux sont chargés sous l'autorité du roi, que sur toutes les autres parties de l'administration générale (1).

Après la chute de la royauté, le contentieux passa aux comités de la Convention, puis aux ministres et au Directoire exécutif. Le conseil d'État reparut avec la constitution du 22 frimaire an VIII. D'après l'art. 41, le premier consul nomme et révoque à volonté les membres du conseil d'État. Ce conseil est chargé, sous la direction des consuls, de rédiger les projets de loi et les règlements d'administration publique, et de résoudre les difficultés qui s'élèvent en matière administrative (2).

Un règlement du 5 nivôse an VIII, rendu dans le but d'organiser le conseil d'État, augmente les attributions du conseil. Nous avons vu que, suivant l'art. 52 de la constitution de l'an VIII, il prononçait sur les affaires contentieuses administratives; le règlement du 5 nivôse an VIII reconnaît en outre au conseil d'État le droit de développer le sens des lois, et de prononcer sur les conflits qui pourraient s'élever entre l'administration et les tribunaux. Cette extension de compétence aurait dû être le fait d'une loi. Durant

(1) Art. 17, § 1.

(2) Art. 52.

le Consulat et l'Empire, le conseil d'État a interprété les lois par voie d'autorité, sous forme d'avis approuvés par le gouvernement et insérés au *Bulletin des lois*, mais contrairement au principe *ejus est interpretari legem cujus est condere*.

Le personnel du conseil d'État fut complété par l'arrêté du 19 germinal an XI, créant des auditeurs auprès des ministres et du conseil d'État. Le nombre de ces auditeurs, primitivement fixé à seize, s'éleva jusqu'à cent soixante en 1809, puis à trois cent cinquante en 1811, mais alors soixante seulement prenaient part aux travaux du conseil. Ces auditeurs étaient destinés, après un certain nombre d'années de service, à remplir des places dans la carrière administrative et dans la carrière judiciaire. On voulait ainsi former des administrateurs joignant aux connaissances théoriques une certaine expérience pratique.

Le décret du 11 juin 1806 sépara pour la première fois le jugement des affaires contentieuses de l'instruction des autres affaires administratives. Le titre IV de ce décret créa une commission dite du contentieux, présidée par le ministre de la justice, et composée de six maîtres des requêtes et de six auditeurs. Le rôle de cette commission se bornait à instruire et à préparer le rapport de toutes les affaires contentieuses sur

lesquelles le conseil d'État était appelé à prononcer. Le ministre jouissait d'une prérogative exorbitante, qui heureusement a disparu.

Après un exposé préalable de l'affaire fait par un auditeur, il pouvait refuser son ordonnance dite de *soit communiqué*, ordonnance par laquelle le demandeur était autorisé à nouer l'instance avec le défendeur en lui notifiant sa requête. L'ordonnance de *soit communiqué* n'est plus actuellement qu'une simple formalité, et l'action de la justice ne peut plus être enrayée.

Le titre V du même décret établit des avocats près le conseil d'État, ayant seuls le droit de signer les mémoires et requêtes des parties en matière contentieuse de toute nature. Un règlement dut suivre le décret pour indiquer les dispositions relatives à la forme de procéder. Ce fut le règlement du 22 juillet 1806 rendu à l'imitation du règlement de 1738.

Le conseil d'État n'avait pas alors un pouvoir de décision propre en matière contentieuse. Les délibérations n'étaient que de simples avis, et elles n'avaient de force exécutoire qu'autant que le chef de l'État se les était appropriées. En un mot, pour tout ce qui concernait le contentieux administratif, le chef de l'État statuait après avoir pris l'avis du conseil d'État ; c'est pourquoi la justice administrative était dite justice retenue.

Nous arrivons à la loi du 19 juillet 1845, aux termes de laquelle le conseil, en matière contentieuse, donne son avis qui est transcrit sur le procès-verbal des délibérations ; puis intervient une ordonnance contresignée par le garde des sceaux.

L'art. 24 contient une modification importante : si l'ordonnance n'est pas conforme à l'avis du conseil d'État, elle ne peut être rendue que sur l'avis du conseil des ministres ; alors elle est motivée et doit être insérée au *Moniteur* et au *Bulletin des lois*. Il y a là comme une transaction entre les partisans de la justice déléguée et les partisans de la justice retenue, entre la Chambre des députés et la Chambre des pairs. On voulait ainsi, lorsque la décision émanerait du gouvernement tout seul, en avertir l'opinion publique et ouvrir accès aux plaintes de la presse et aux réclamations de la tribune. Nous devons dire que l'innovation introduite par cet article n'eut pas lieu d'être appliquée ; car, en fait, le gouvernement suivit toujours l'avis du conseil d'État.

Avec la loi du 3 mars 1849, prévaut une théorie nouvelle : une juridiction spéciale est créée au sein du conseil d'État, afin de prononcer sur le contentieux administratif. Dès lors, c'est à la section du contentieux seule qu'il appartient de statuer avec un pouvoir de juridiction propre. Par contre,

on amoindrit le rôle du conseil d'État en lui retirant la connaissance des conflits.

Mais ces différentes innovations n'eurent pas une durée plus longue que le régime qui les avait introduites. La constitution du 14 janvier 1852 et le décret du 25 janvier 1852 retirèrent au conseil d'État le pouvoir propre qui lui avait été conféré en matière contentieuse, mais lui rendirent le droit de statuer sur les conflits d'attributions.

Après la révolution du 4 Septembre 1870, un décret du 15 septembre suspendit de leurs fonctions les membres du conseil d'État. L'art. 2 de ce décret portait que les affaires urgentes, administratives ou contentieuses, seraient expédiées par une commission provisoire, composée de huit conseillers d'État, dix maîtres des requêtes et douze auditeurs. Ces conseillers étaient trop peu nombreux et leur mission trop restreinte pour les besoins de la situation. Les affaires d'administration proprement dites purent être maintenues au courant; mais l'arriéré du contentieux était considérable. Au 31 décembre 1871, en effet, la commission n'avait jugé en audition publique que 135 recours, et, en section, que 324, en tout 459; tandis que l'ancien conseil d'État jugeait jusqu'à 1,400 affaires par an.

Dès le 1^{er} juin 1871, le gouvernement présenta

un projet de loi sur la réorganisation du conseil d'État. Les dispositions contenues dans le nouveau projet étaient empruntées pour partie à la loi du 19 juillet 1845, pour partie à la loi du 3 mars 1849. Comme en 1845, le conseil d'État ne donnait d'avis au gouvernement que lorsqu'il était consulté par lui; appelé à délibérer sur les affaires administratives et contentieuses, il n'intervenait plus d'une manière permanente dans la confection des lois. Comme en 1849, un pouvoir propre lui était attribué, et on lui enlevait le droit de régler les conflits d'attributions.

D'après le projet, la nomination des conseillers d'État et des maîtres de requêtes était faite par le chef du pouvoir exécutif. Les conflits étaient tranchés par un tribunal mixte, tel qu'il avait été organisé par la constitution de 1848, la loi du 3 mars 1849 et celle du 4 février 1850.

Adopté par l'Assemblée nationale, le projet de la commission devint la loi du 24 mai 1872.

Les auditeurs sont nommés à la suite d'un concours dont les formes et les conditions ont été déterminées dans un règlement préparé par le conseil d'État lui-même (1). Les maîtres des requêtes, le secrétaire général et le secrétaire spé-

(1) Arrêté du 16 août 1872, rendu par M. Dufaure, garde des sceaux.

cial du contentieux sont choisis par décret du président de la République. Les conseillers d'Etat en service ordinaire sont également nommés par le chef de l'Etat ; ils perdent leur titre de conseiller d'Etat de plein droit, dès qu'ils cessent d'appartenir à l'administration active.

Pour les conseillers d'Etat en service ordinaire, le mode de nomination était différent ; ils étaient élus par l'Assemblée nationale en séance publique et au scrutin de liste. Il y avait là un empiétement du pouvoir législatif sur le pouvoir exécutif : c'est au chef du pouvoir exécutif et à lui seul qu'il appartient de nommer les agents de tout ordre chargés sous sa direction de concourir à l'exécution des lois. Élus par l'Assemblée, ces conseillers ne pouvaient être révoqués que par elle ; le chef de l'Etat avait seulement le droit de les suspendre pour un temps qui ne pouvait excéder deux mois.

La loi du 25 février 1875 est venue modifier cet état de choses. Par son article 4, elle dispose que le président de la République nommera en conseil des ministres les conseillers d'Etat en service ordinaire au fur et à mesure des vacances qui se produiront, et que ceux qui auront été ainsi nommés ne pourront être révoqués que par décret rendu en conseil des ministres. Quant aux conseillers d'Etat nommés en vertu de la loi du

24 mai 1872, leur révocation ne pouvait être prononcée que par une résolution du Sénat. Cette dernière disposition n'a plus d'objet, car aujourd'hui il n'existe plus un seul conseiller d'Etat qui ait été nommé par l'Assemblée nationale.

Imitant sur ce point la loi de 1849, on délègue au conseil d'Etat le droit de décider par de véritables arrêts, c'est-à-dire qu'on applique au second degré ce qui depuis l'an VIII a toujours été appliqué au premier degré pour les conseils de préfecture. Enfin le droit de régler les conflits est de nouveau confié à un tribunal spécial.

Ne pouvant examiner ce qui concerne les diverses sections administratives, nous nous bornerons à quelques indications sommaires sur les fonctions du conseil d'Etat en matière contentieuse. La section du contentieux comprend : un président, six conseillers, douze maîtres des requêtes, dont quatre commissaires du gouvernement, quatre auditeurs de première classe et dix auditeurs de seconde classe. Cette section est chargée de diriger l'instruction écrite et de préparer le rapport des affaires contentieuses qui doivent être jugées par le conseil d'Etat.

En principe, le rôle de cette section consiste à préparer l'instruction ; ce n'est que par exception qu'elle est appelée à statuer définitivement. D'après l'article 19 de la loi du 24 mai 1872, les

affaires pour lesquelles il n'y a pas de constitution d'avocat ne sont portées à l'audience publique que si ce renvoi a été demandé par l'un des conseillers d'Etat de la section ou par le commissaire du gouvernement à qui elles sont préalablement communiquées. Si le renvoi n'a pas été demandé, ces affaires sont jugées par la section du contentieux, sur le rapport de celui de ses membres que le président en a chargé et après les conclusions du commissaire du gouvernement.

Dans tous les autres cas, un rapport est fait, au nom de la section du contentieux à l'assemblée publique du conseil d'Etat statuant au contentieux. Cette assemblée comprend, outre les membres de la section et le vice-président du conseil d'Etat, huit conseillers en service ordinaire pris dans les autres sections et désignés par le vice-président du conseil, délibérant avec les présidents de section (1). Il est à remarquer que les membres du conseil d'Etat ne peuvent participer au jugement des recours dirigés contre les décisions qui ont été préparées par les sections auxquelles ils appartiennent, lorsqu'ils ont pris part à la délibération.

Après le rapport qui doit toujours être fait par

(1) Art. 17 de la loi du 24 mai 1872, art. 5 de la loi du 13 juillet 1879.

écrit, les avocats des parties sont admis à présenter des observations orales ; puis le commissaire du gouvernement donne ses conclusions et le jugement est rendu. Pour connaître dans ses détails la procédure à suivre, il suffit de se reporter au décret du 22 juillet 1806.

Trois voies de recours sont ouvertes contre les décisions du conseil d'Etat : l'opposition, la revision, la tierce opposition.

Le conseil d'Etat ne juge pas seulement en premier et dernier ressort ; il statue encore tantôt comme juge d'appel, tantôt comme Cour de cassation. Juge d'appel, il prononce sur tous les arrêtés rendus en matière contentieuse, pourvu qu'ils ne soient pas rendus en dernier ressort et qu'ils soient attaqués pour toute autre cause que l'incompétence ou l'excès de pouvoir. Comme Cour de cassation, le conseil d'Etat prononce sur les questions de compétence qui s'élèvent entre les autorités administratives en matière contentieuse, sur les demandes d'annulation formées contre les décisions administratives rendues en dernier ressort en matière contentieuse, soit pour excès de pouvoir, soit pour violation des formes ou de la loi.

§ 2. — *Conseils de préfecture.*

Parmi les tribunaux administratifs jugeant à

charge d'appel, le plus intéressant à étudier est le conseil de préfecture. Dans l'ancienne monarchie il n'existait aucune institution analogue à celle des conseils de préfecture. Il ne faudrait pas croire pour cela que le contentieux de l'administration se confondait tout entier avec celui des matières civiles. Il y avait des tribunaux administratifs spéciaux tels que les chambres des comptes, la cour des aides, les juridictions des élections qui statuaient sur les réclamations des contribuables en matière d'impôts directs et indirects. Enfin l'intendant avait un pouvoir de juridiction fort étendu. C'est lui qui tranchait la plupart des questions contentieuses qui s'élevaient en matière d'impôts, de droits domaniaux, de voirie. Parfois même il empiétait sur les prérogatives de la justice ordinaire, comme président de ces commissions que le conseil du roi créa maintes fois pour connaître de causes soustraites par évocation aux tribunaux. D'un autre côté, les parlements prétendaient contrôler constamment l'administration des intendants ; ils allèrent jusqu'à les décréter de prise de corps lorsqu'ils les citaient devant eux à raison de leurs ordonnances. De ces empiétements réciproques résultaient des conflits constants et une inextricable confusion.

L'Assemblée constituante dut s'occuper du re-

mède à apporter à ce désordre. Elle commença par dissoudre les parlements ; puis un décret du 7 septembre 1790, rendu sur le rapport de Merlin, abolit tous les tribunaux exceptionnels, ne laissant subsister que les chambres des comptes, qui, elles-mêmes, furent supprimées par le décret du 4 juillet 1791. Mais il ne suffisait pas de dissoudre des tribunaux ; il était nécessaire qu'une institution fût ensuite établie pour résoudre les difficultés qui pourraient s'élever entre l'intérêt général et l'intérêt particulier. La loi du 24 août 1790, posant en principe que les tribunaux devaient se renfermer dans leurs attributions essentielles, leur défendait de s'immiscer dans les actes de l'autorité administrative ; elle rendait par suite indispensable la création d'une juridiction spéciale.

Les auteurs de la loi sur l'organisation judiciaire proposèrent alors d'établir dans chaque département un tribunal du contentieux administratif pour juger, d'après des lois précises et des formes déterminées, les affaires contentieuses qui pourraient s'élever à l'occasion de l'impôt ou relatives à l'administration. Cette proposition fut repoussée après un discours d'un député d'Albi, Pezons, qui soutint que les administrateurs étaient plus aptes que les juges à vider ces différends.

Le décret des 7-11 septembre 1790, addition-

nel à celui du 16 août sur l'organisation judiciaire, investit les directoires de district et de département du pouvoir de statuer sur les réclamations formées par les particuliers contre leurs actes ou contre les actes des administrations inférieures. Ainsi le contentieux de l'administration se trouvait réuni à l'administration elle-même.

Alors, les corps administratifs traitaient les affaires à huis clos : les séances n'étaient pas publiques, et les décisions étaient rendues sur simples mémoires, sans que les parties pussent présenter une défense orale par elles-mêmes ou par leurs représentants.

C'est à la loi du 28 pluviôse an VIII qu'il était réservé de séparer les trois classes d'attributions administratives : action, délibération, jugement. Cette loi créa les conseils de préfecture et leur remit le jugement d'une partie du contentieux. Il n'en est pas moins vrai que, si c'est la loi du 28 pluviôse an VIII qui a établi les conseils de préfecture, le principe d'où l'institution est née se trouve dans les lois émanées de la Constituante.

On a adressé deux reproches (1) principaux à l'organisation des conseils de préfecture. Les conseillers de préfecture, a-t-on dit, sont des

(1) Macarel, *Tribunaux administratifs*, p. 48.

juges, et ils ne sont pas indépendants. Les juges administratifs ne doivent pas être inamovibles, parce qu'ils pourraient imposer leurs volontés aux agents de l'administration active. C'est un point sur lequel nous reviendrons; mais nous sommes heureux de pouvoir citer à l'appui de notre opinion un passage de M. Serrigny, qui réfute ainsi la théorie de M. Macarel : « Cette idée, si elle était exacte, conduirait à la suppression des conseils de préfecture. L'erreur de l'auteur cité vient de ce qu'il perdait de vue la nature du contentieux administratif. C'est la solution des difficultés élevées entre le droit privé et l'intérêt général à l'occasion des actes de l'administration; c'est le contrôle et la réforme des faits de cette administration dommageables pour les tiers. Érigez un tribunal inamovible pour exercer cette censure, cette réforme, et vous violez la règle fondamentale sur la séparation des pouvoirs judiciaire et administratif. Rendez les conseillers de préfecture inamovibles, et il n'est pas un conseiller de préfecture qui ne se regardera comme supérieur au préfet, agent amovible, dont il est appelé quelquefois à juger les actes (1). »

Si ce premier reproche ne nous semble pas

(1) Serrigny, *Traité de la compétence en matière administrative*, t. I, p. 496.

fondé, il en est différemment du second. Juges entre l'administration et les particuliers, les conseils de préfecture sont présidés par les préfets, chefs de l'administration départementale, et ceux-ci ont voix prépondérante en cas de partage. Le préfet peut donc parfois se trouver appelé, comme membre prépondérant au sein du conseil de préfecture, à participer au jugement de ses propres actes. En outre, il a le droit de présider le conseil, alors même que l'État ou le département qu'il représente figure dans l'instance soit comme demandeur, soit comme défendeur. Enlever au préfet la présidence du conseil de préfecture statuant en matière contentieuse est une réforme nécessaire qui ne pourrait que fortifier la juridiction administrative et qui, dans tous les cas, serait conforme à l'équité. N'est-il pas inique, en effet, qu'on rencontre chez une même personne ces deux qualités qui s'excluent l'une l'autre : juge et partie ?

Ce n'était pas là le seul point défectueux de la loi du 28 pluviôse an VIII. Ainsi, elle ne déterminait aucune condition de capacité pour qu'on pût être nommé conseiller de préfecture. Bien que, d'après le rapport de Roederer, l'on ait voulu donner aux justiciables des juges accoutumés au ministère de la justice, à ses règles, à ses formes, les conseils de préfecture sont restés

longtemps privés des formes ordinaires de procédure.

Des modifications importantes furent proposées en 1825. Elles furent soumises aux comités réunis du contentieux et de l'intérieur dans le conseil d'État. Ces comités pensèrent qu'ils ne fallait pas toucher à l'institution des conseils de préfecture par des dispositions partielles, et il leur parut plus opportun d'en réserver l'examen pour la rédaction d'un règlement général relatif à la forme de procéder devant les conseils de préfecture (1).

Plusieurs projets (2) furent encore mis à l'étude, mais sans aboutir à un résultat pratique. Le plus important de ces projets est celui de 1851, dont les rapporteurs furent : au conseil d'État, M. Boulatignier; devant l'Assemblée législative, M. de Larcy. Ce projet contenait notamment deux dispositions qui, si elles avaient été adoptées, auraient introduit dans cette partie de notre législation d'importantes améliorations.

L'art. 2, tout en réservant au préfet la présidence des conseils de préfecture dans les affaires non contentieuses, l'excluait pour les affaires

(1) Avis du 4 février 1826.

(2) Successivement en 1831, 1846 et 1851.

contentieuses; et voici comment le rapporteur résumait les motifs de cette disposition : « Le conseil d'État a pensé qu'il convenait de retirer au préfet la faculté, que lui donnait la loi du 28 pluviôse an VIII, d'assister aux séances du conseil de préfecture lorsqu'il s'agissait de prononcer sur des affaires contentieuses. Il a paru que par là l'indépendance de la justice administrative serait mieux établie aux yeux du public et que la juridiction des conseils de préfecture y gagnerait en autorité morale et en considération. Quant aux avantages que le législateur de l'an VIII attendait de la présence du préfet pour la défense des intérêts du service public dans le sein des conseils de préfecture, ils peuvent être obtenus d'une manière plus efficace par d'autres moyens, par exemple, par l'institution d'un commissaire du gouvernement. »

D'après l'art. 12 du même projet, le conseil de préfecture prononçait sur toutes les matières du contentieux administratif dont la connaissance lui était attribuée par une disposition législative ou n'était pas déférée par les lois à une autre autorité administrative. En un mot, tranchant une question controversée, on décidait que, au premier degré, le conseil de préfecture était juge de droit commun en matière administrative.

Pour être à l'abri de toute critique, le projet

aurait dû enlever au préfet et au ministre les juridictions spéciales que les lois leur ont conférées. Tel qu'il était, il ne réalisait pas moins de notables améliorations, et il est regrettable qu'il n'ait pas été converti en loi.

Enfin, un décret du 30 décembre 1862 pourvut à certaines des réformes les plus nécessaires. Par son art. 1^{er}, il établit la publicité des audiences des conseils de préfecture statuant en matière contentieuse. Après le rapport fait sur chaque affaire par un des conseillers, il fut permis aux parties de présenter leurs observations, soit en personne, soit par mandataire. Le secrétaire général de la préfecture fut chargé de remplir les fonctions de commissaire du gouvernement et, à ce titre, de donner ses conclusions dans les affaires contentieuses.

La loi organique du 24 juin 1865 consacra ces dispositions; en même temps, elle régla la composition des conseils de préfecture et détermina les conditions d'aptitude nécessaires pour être nommé membre de ces conseils. L'art. 2 de la loi dispose que nul ne peut être nommé conseiller de préfecture s'il n'est âgé de vingt-cinq ans accomplis; s'il n'est, en outre, licencié en droit; ou s'il n'a rempli, pendant dix ans au moins, des fonctions rétribuées dans l'ordre administratif ou judiciaire; ou bien s'il n'a été, pendant le même

espace de temps, membre d'un conseil général ou maire.

Cette loi, combinée avec le décret de 1862, comblait donc d'importantes lacunes. La plus grave critique à lui adresser, c'est qu'on avait laissé de côté les deux innovations qui étaient contenues dans le projet de 1851 et que nous avons analysées plus haut. Quand on discuta la loi, il fut proposé au Corps législatif, par M. Jousseau (1), un amendement d'après lequel la présidence du conseil de préfecture serait enlevée au préfet en matière contentieuse. Le ministre d'État, M. Rouher, fit rejeter cet amendement, en faisant observer qu'il était peu rationnel d'écarter le préfet du conseil de préfecture, parce que ses lumières, son expérience et sa responsabilité étaient nécessaires pour les décisions de ce conseil. Cette objection ne nous semble pas admissible, étant donné surtout qu'on venait de rétablir les secrétaires généraux. Rien n'eût empêché, d'ailleurs, le préfet d'éclairer le conseil en lui fournissant des explications orales ou écrites. Quant à ce qui concerne sa responsabilité, il nous semble inique qu'il puisse lui-même statuer sur cette question.

Un décret du 12 juillet 1865 a établi les règles

(1) *Moniteur* du 25 mai 1865.

de procédure à suivre devant les conseils de préfecture. Pour les points non prévus dans ce décret, la jurisprudence du conseil d'État a fondé la procédure à suivre, en empruntant par analogie soit les règles du Code de procédure civile, soit celles contenues dans le décret du 22 juillet 1806 réglant la procédure devant le conseil d'État.

En mai 1870, le Corps législatif vota un projet de loi qui devait instituer dans chaque conseil un président indépendant du préfet pour les affaires contentieuses; mais les événements empêchèrent ce projet d'être soumis au Sénat et converti en loi.

Les conseillers de préfecture sont nommés par le chef de l'État, à qui appartient également le droit de les révoquer. Chaque conseil est composé de trois ou quatre membres, suivant les départements; le conseil de préfecture de la Seine comprend neuf membres. Il y a, en outre, un ministère public, dont les fonctions sont remplies par le secrétaire général de la préfecture, sous le nom de commissaire du gouvernement. Les secrétaires généraux, institués par la loi du 28 pluviôse an VIII, furent supprimés en 1817, rétablis en 1829, de nouveau supprimés en 1832; ils furent rétablis dans les préfectures de première classe par le décret du 2 juillet 1853; enfin, la

loi du 21 juin 1865 (1) décida qu'il y aurait dans chaque préfecture un secrétaire général chargé de donner ses conclusions dans les affaires contentieuses.

Nous savons que la présidence appartient au préfet, avec voix prépondérante en cas de partage. On s'est demandé si le préfet de la Seine pouvait présider le conseil de préfecture, conformément à l'art. 5 de la loi du 28 pluviôse an VIII, ou s'il avait perdu ce droit par la création spéciale d'un président, en vertu du décret du 17 mars 1862. Ce décret, croyons-nous, laisse intact le droit du préfet, parce qu'il n'a eu pour objet que de régler l'ordre habituel du service. Pour admettre cette dérogation à la règle générale, il eût fallu que le décret s'exprimât d'une façon formelle. On doit d'autant moins présumer l'intention d'abroger en partie la loi de l'an VIII que, dans ce cas, le décret eût été illégal; car, en principe, un décret ne peut abroger les dispositions d'une loi.

Pour connaître les attributions contentieuses des conseils de préfecture, il faut d'abord se reporter à l'article 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII. Aux termes de cet article, le conseil de préfecture prononce sur les demandes des parti-

(1) Art. 5.

culiers tendant à obtenir la décharge ou la réduction de leurs cotes de contributions directes ; — sur les difficultés qui pourraient s'élever entre les entrepreneurs de travaux publics et l'administration, concernant le sens ou l'exécution des clauses de leur marché ; — sur les réclamations des particuliers qui se plaindraient des torts et dommages procédant du fait personnel de l'entrepreneur et non du fait de l'administration ; — sur les demandes et contestations concernant les indemnités dues aux particuliers, à raison des terrains pris ou fouillés pour la confection des chemins, canaux et autres ouvrages publics ; — sur les difficultés qui pourront s'élever en matière de grande voirie ; enfin sur le contentieux des domaines nationaux.

Cet article 4 est tiré presque littéralement de la loi des 7-11 septembre 1790. Il s'est toutefois glissé dans l'article 4 une nouvelle attribution, dont nous n'avons pas parlé, parce qu'elle rentre dans les fonctions administratives des conseils de préfecture : c'est le droit d'accorder l'autorisation de plaider aux communes et établissements publics. Les conseils de préfecture font ici acte de tutelle administrative. C'était au début leur seule attribution administrative.

Lorsque le conseil de préfecture est appelé à se prononcer sur une demande en autorisation

de plaider, son examen ne doit porter que sur l'intérêt de la commune ou de l'établissement publics. Les délibérations accordant l'autorisation de plaider ne doivent être accompagnées d'aucuns motifs : il ne faut pas que le conseil de préfecture préjuge le fond et que ses motifs puissent être invoqués par l'une des parties. Au contraire, les arrêtés portant refus d'autorisation doivent être motivés conformément à l'article 53 de la loi de 1837. Malgré cela, le conseil ne doit pas statuer sur le fond du droit ; s'il l'avait fait, son arrêté pourrait être valablement attaqué comme entaché d'excès de pouvoir.

Outre les attributions contentieuses contenues dans l'article 4 de la loi de l'an VIII, les conseils de préfecture jugent les contestations dont la connaissance avait été précédemment déferée aux directoires de département d'après la constitution de 1791 : cette compétence leur appartient comme successeurs de ces administrations. Parmi ces contestations, nous citerons celles qui pourraient s'élever entre les municipalités et les propriétaires de halles ou marchés qui doivent en consentir la vente ou la location à la commune qui en a besoin : d'après la loi des 15-28 mars 1790, la solution du différend appartenait aux directoires de département ; depuis la loi du 28 pluviôse an VIII, elle doit appartenir

aux conseils de préfecture (1). La jurisprudence du conseil d'État décide que toutes ces affaires sont de la compétence du conseil de préfecture, lorsqu'elles n'ont pas été expressément réservées aux préfets ou renvoyées aux tribunaux (2).

Des lois postérieures à celle de l'an VIII sont venues augmenter d'une façon notable la compétence des conseils de préfecture en matière contentieuse. Nous allons analyser rapidement quelques-uns de ces textes.

D'après une loi du 29 floréal an X, les contraventions en matière de grande voirie et généralement toute espèce de détérioration ou dégradation commise sur les routes doivent être poursuivies et réprimées par voie administrative. Les pénalités encourues étaient le plus souvent déterminées par d'anciens règlements : elles étaient tantôt fixes et excessives, tantôt arbitraires. La loi du 23 mars 1842 est venue remédier à ce double inconvénient : pour les amendes excessives, le juge peut en diminuer le chiffre et le faire descendre jusqu'au vingtième de la somme fixée, pourvu que l'amende ainsi diminuée ne soit pas inférieure à seize francs ; en ce qui concerne les amendes arbitraires, la loi décide que

(1) Avis du conseil d'État du 13 décembre 1813 est en ce sens.

(2) Décret du 31 juillet 1812 (Maurois).

le juge pourra se mouvoir entre un minimum de 16 francs et un maximum de 300 francs.

Conformément à l'article 16 de la loi du 18 juillet 1837, les comptes des receveurs municipaux sont définitivement apurés par le conseil de préfecture pour les communes dont les revenus ordinaires n'excèdent pas 30,000 fr. (1); l'appel, s'il y a lieu, est porté devant la cour des comptes. En Algérie, les conseils de préfecture jugent et apurent définitivement, sauf recours à la cour des comptes, les comptes des receveurs municipaux des communes dont le revenu est inférieur à 50,000 francs (2).

Le conseil de préfecture est également compétent pour toutes les questions d'indemnité à payer par les propriétaires des mines à raison des recherches ou travaux antérieurs à l'acte de concession (3). La loi du 21 juin 1865 établit de même sa compétence pour ce qui concerne les associations syndicales autorisées : l'article 16 dispose que les contestations relatives à la fixation du périmètre des terrains compris dans l'association, à la division des terrains en différentes classes, au classement des propriétés en raison

(1) Art. 427 à 434 du décret du 31 mai 1862.

(2) Art. 14 du décret du 20 janvier 1858.

(3) Loi du 21 avril 1810, art. 46.

de leur intérêt aux travaux, à la répartition et à la perception des taxes, à l'exécution des travaux, sont jugées par les conseils de préfecture ; ces conseils peuvent également être appelés à apurer les comptes de l'association, qui sont soumis aux mêmes règles que ceux des receveurs municipaux. Enfin le pouvoir répressif que la loi du 29 floréal an X attribuait aux conseils de préfecture, s'est accru depuis : il s'exerce pour les contraventions aux lois et règlements sur la police des chemins de fer (1), des ports maritimes de commerce (2), sur certaines parties de la police du roulage (3) et sur la police des lignes télégraphiques (4).

La loi du 21 juin 1865 a, elle aussi, augmenté la compétence des conseils de préfecture. Suivant l'article 11 de cette loi, le conseil de préfecture statue seul dans tous les cas où l'on rencontrait la juridiction contentieuse du préfet avec simple avis du conseil. Ces cas comprennent : les contestations sur l'exactitude des prix de vente déclarés par le débitant en ce qui concerne le droit de détail sur les boissons, ainsi que les contestations sur la quotité de la somme à payer à titre

(1) Loi du 15 juillet 1845.

(2) Décret du 12 avril 1812.

(3) Loi du 30 mai 1851.

(4) Décret du 27 décembre 1851.

d'abonnement (1), les difficultés qui peuvent s'élever entre la commune et le fermier des octrois (2).

Les décisions des conseils de préfecture reçoivent la qualification d'arrêtés : ce sont de véritables jugements. Alors même que le conseil d'État n'avait pas un pouvoir propre en matière contentieuse, le conseil de préfecture rendait des décisions exécutoires par elles-mêmes. Si, au lieu de rendre une décision lorsqu'une affaire de sa compétence lui est soumise, un conseil de préfecture se bornait à donner un avis, il y aurait en quelque sorte déni de justice ; aussi le conseil d'État a-t-il toujours annulé cet avis et renvoyé l'affaire devant le conseil de préfecture, pour qu'il statue conformément à la loi (3).

Les voies de recours contre les arrêtés des conseils de préfecture rendus en matière contentieuse sont : l'opposition, l'appel, la tierce opposition.

L'appel est porté devant le conseil d'État, sauf en matière de comptabilité où il est porté devant la cour des comptes. Ce pourvoi doit, sous peine de déchéance, être formé dans le délai de trois mois à

(1) Loi de 1816, art. 49, 70 et 78.

(2) Art. 136 du décret du 17 mai 1809.

(3) Ordonnance du 11 août 1824.

compter de la notification de l'arrêté attaqué (1). L'appel devant le conseil d'Etat n'a point d'effet suspensif, à moins qu'il n'en soit autrement ordonné (2). Cette dérogation au droit commun a été établie par l'art. 3 du décret du 22 juillet 1806; elle se fonde sur ce que les affaires administratives sont toujours réputées urgentes.

Remarquons en terminant que les conseils privés des colonies (3) sont, à la différence des conseils de préfecture, expressément investis de la généralité du contentieux administratif. Pour en connaître, il leur est adjoint deux magistrats désignés par le gouverneur; l'inspecteur colonial remplit auprès d'eux les fonctions de ministère public. L'ordonnance du 31 août 1828 contient un règlement complet de la procédure à suivre devant ces conseils.

§ 3. — *Agents de l'administration considérés
comme juges.*

On rencontre chez certains agents de l'administration active le caractère de juge joint à celui d'administrateur; c'est ce qui a lieu pour les maires, les préfets et les ministres. Il est assez

(1) Art. 11 du décret du 22 juillet 1806.

(2) Voir l'art. 24 de la loi du 24 mai 1872.

(3) Ces conseils existent à la Martinique, à la Guadeloupe et à la Réunion.

difficile de bien déterminer quelles sont leurs attributions contentieuses, dans quels cas ils prennent une simple décision comme administrateurs, dans quels cas ils statuent comme juges. Le principe, en cette matière, a été posé d'une façon précise par M. Aucoc (1). « Il ne faut pas, dit-il, s'en tenir à la superficie des choses et considérer comme acte de juridiction toute décision qui touche un droit, qui le blesse et qui peut donner lieu à une réclamation par la voie contentieuse. Un jugement est une décision sur un litige, et, pour qu'il y ait litige, il faut deux parties en cause dont chacune a des prétentions opposées (2). » Voilà donc la distinction entre l'administrateur et le juge qui semble nettement posée. Mais, lorsqu'on veut arriver à l'application pratique de cette théorie, la difficulté subsiste; car, il est manifeste que la confusion signalée par M. Aucoc se retrouve, non seulement dans les auteurs, mais même dans la jurisprudence du conseil d'État, même dans la législation. C'est ainsi que l'art. 17 de la convention relative à l'exploitation du service postal de la Méditerranée, approuvée par une loi du 10 juillet 1850,

(1) Aucoc, *Conférences sur le droit administratif*, t. I, p. 459.

(2) Ducrocq, *Droit administratif*, t. I, p. 369.

porte : Toutes les difficultés auxquelles pourraient donner lieu l'exécution ou l'interprétation des clauses de la présente convention et des cahiers des charges y annexés, seront jugées administrativement par le ministre des finances. Nous nous demandons comment on peut voir là un jugement. Où donc sont les deux parties en cause et qui les représente ? En réalité, dans la circonstance, nous voyons le ministre des finances, gardien des intérêts du trésor, prendre des mesures comme administrateur, et, si ces mesures lèsent un droit, la partie lésée se pourvoit devant le conseil d'État. Néanmoins, nous devons reconnaître que les mesures prises par le ministre étant qualifiées par la loi de jugements, après les délais d'appel elles auront acquis force de chose jugée.

Cette confusion, qui se produit jusque dans la législation, montre bien comme il est difficile de distinguer dans la même personne les fonctions d'administrateur et celles de juge. Il n'y a qu'un moyen de résoudre cette difficulté, c'est d'enlever toute attribution contentieuse aux agents de l'administration active, ce qui serait conforme aux principes du droit et à la division du travail entre l'administration active et l'administration contentieuse.

Comme cette réforme n'est malheureusement

pas encore accomplie, il nous faut déterminer quelle est, en matière contentieuse, la compétence des maires, des préfets et des ministres.

I. *Maires*. — Une partie des attributions contentieuses qui jadis appartenaient aux maires, leur ont été enlevées pour être transportées à d'autres juridictions. D'après l'art. 38 du décret du 23 juin 1806, le maire était appelé à prendre une décision provisoire sur les contraventions à la police du roulage ; puis le conseil de préfecture statuait définitivement. Depuis la loi du 30 mai 1851, cette attribution du maire a été supprimée : en vertu de l'art. 17, toutes les contraventions à la police du roulage qui rentrent dans la compétence administrative sont déférées directement aux conseils de préfecture. On a également enlevé aux maires le droit de statuer provisoirement sur les difficultés qui pouvaient naître au sujet des courses de chevaux, droit qui lui avait été conféré par l'art. 28 du décret du 4 juillet 1806.

Aujourd'hui, les attributions contentieuses des maires sont peu nombreuses. Ils jugent les contestations relatives aux indemnités de logement dues par les officiers voyageant sans leurs troupes. D'après l'art. 16 de la loi de 1837, quand le maire, assisté de deux conseillers municipaux, procède à une adjudication publique pour le

compte de la commune, si des difficultés s'élèvent sur les opérations préparatoires de l'adjudication, elles sont jugées par le maire, assisté des deux conseillers (1). Enfin, le maire statue provisoirement sur les contestations entre les employés des contributions indirectes et les débitants de boissons, relativement à l'exactitude de la déclaration des prix de vente (2).

Le recours contre la décision du maire est porté devant le préfet; car le sous-préfet, à moins d'une disposition expresse, n'a pas d'autorité propre et n'est qu'un agent de transmission.

II. *Préfets.* — Le préfet exerce la juridiction contentieuse lorsqu'il est saisi de recours sur les décisions contentieuses des maires. Voilà quelles sont, à notre avis, ses seules attributions contentieuses depuis que la loi du 21 juin 1865 lui a enlevé, pour les remettre au conseil de préfecture, les attributions relatives à l'impôt sur les boissons et aux octrois.

On cite souvent, parmi les cas de compétence préfectorale subsistant encore : le droit de suspendre tout ou partie des travaux d'une mine, en

(1) Règlement annexé à la loi des 23 mai 1792-18 janvier 1793, art. 26 et 52.

(2) Loi du 28 avril 1816, art. 49.

cas de morcellement entre plusieurs concessionnaires, si ces derniers ne justifient pas de conventions et de dispositions prises entre eux pour assurer l'unité de direction (1); le droit de prononcer la déchéance des acquéreurs de biens de l'État, ou d'adjudicataires des coupes de bois qui ne paieraient pas le prix d'acquisition ou ne fourniraient pas les cautions exigées par le cahier des charges (2); l'autorisation donnée par le préfet de former un établissement dangereux ou incommodé, de première ou de deuxième classe. Dans ces divers cas, le préfet nous semble agir comme administrateur : on chercherait en vain les deux parties en cause dans le litige. Sans doute l'acte est attaquant par la voie contentieuse, et cela parce qu'il peut léser un droit ; mais en résulte-t-il nécessairement que le préfet fasse ici acte de juge ? C'est ce que nous ne croyons pas admissible.

D'après la jurisprudence du conseil d'État, le préfet fait acte de juridiction contentieuse quand il prononce sur un arrêté d'alignement rendu par un maire. En effet, par une décision du 8 avril 1881, le conseil d'État a admis que l'acte était soumis

(1) Loi du 27 avril 1838, art. 7.

(2) Ordonnance du 11 juin 1817, art. 2, et Code forestier, art. 24.

aux règles substantielles en matière contentieuse : il a donc considéré que, dans l'espèce, le préfet jugeait au contentieux.

La procédure devant les préfets n'est tracée par aucun texte ; la jurisprudence a suppléé au silence de la loi par voie d'interprétation. Pour introduire l'affaire, les parties intéressées adressent au préfet des mémoires, et l'instruction se fait dans les bureaux de la préfecture à l'aide de ces mémoires. Les voies de recours contre la décision préfectorale sont : l'opposition, la tierce opposition et l'appel ; l'appel a lieu devant le ministre, supérieur hiérarchique du préfet.

III. *Ministres*. — Ceci nous amène à l'examen de la juridiction contentieuse des ministres, qui est la plus importante ; car ils connaissent de l'appel des décisions des préfets ; ils ont certaines attributions contentieuses qui leur ont été spécialement conférées par la loi ; en outre, nous verrons plus loin que le ministre est le juge ordinaire du contentieux en matière administrative. Et, cependant, comme le fait remarquer M. Serrigny, rien ne paraît plus opposé à l'idée du *jus dicendi* que la mobilité et l'instabilité ministérielles. Aussi leur pouvoir de juridiction a-t-il été contesté ; mais il est reconnu par la majorité des auteurs ainsi que par la jurisprudence, et il a été con-

sacré par la législation. Il y a plus : il est généralement admis que le ministre est juge de droit commun en matière contentieuse; en développant cette opinion, nous indiquerons pourquoi on doit reconnaître au ministre un pouvoir de juridiction.

Lorsque la Constituante, entreprenant la refonte de notre organisation judiciaire et administrative, eut supprimé le conseil d'État tel qu'il existait alors, elle attribua l'ensemble du contentieux administratif au roi et aux ministres, réunis en conseil d'État, par l'art. 17 de la loi des 27 avril-25 mai 1791. La constitution de l'an III transporta, à chaque ministre en particulier et au Directoire exécutif, les attributions que la loi de 1791 avait déferées aux ministres réunis en conseil (1). De la sorte, chacun des ministres était érigé juge de tout le contentieux administratif relatif à son département. Lorsque la constitution de l'an VIII et la loi du 28 pluviôse eurent rétabli le conseil d'État et créé les conseils de préfecture, quel dut être le juge de droit commun en matière contentieuse administrative? Nous examinerons cette question en traitant spécialement du contentieux; mais nous pouvons dire de suite que, d'après l'opinion la plus universel-

(1) Art. 193 et 196 de la constitution de l'an III.

lement admise, le juge de droit commun n'est autre que le ministre.

Les ministres ne jugent jamais en dernier ressort; mais ils statuent tantôt en appel, tantôt en première instance. Comme juge d'appel, le ministre examine notamment les recours formés devant lui contre les décisions contentieuses des préfets.

Il n'est pas permis, lorsqu'on veut attaquer par la voie contentieuse un arrêté préfectoral, de saisir directement le conseil d'État, *omisso medio*; il faut d'abord s'adresser au ministre. C'est en ce sens que s'est prononcé le conseil d'État : une ordonnance du 27 août 1840 (Castilhon) a annulé la décision du ministre du commerce, se déclarant incompétent sur appel formé contre un arrêté préfectoral, et a renvoyé l'appelant devant ce ministre.

En premier ressort, le ministre juge les affaires qui lui ont été déférées par les lois et règlements, et en outre toutes les contestations qui, ayant trait aux services dont il est le chef, ne lui ont pas été retirées pour être remises à une autre juridiction administrative. Hâtons-nous de dire que ces contestations sont en nombre assez restreint. Elles sont cependant trop nombreuses encore pour tous ceux qui, comme nous, pensent qu'une séparation absolue devrait exister entre

les attributions de l'administration active et celles de l'administration contentieuse.

Aucune règle n'avait été tracée sur le mode de procéder des ministres en matière contentieuse. Il en était résulté plus d'un abus : en fait, les affaires ne se traitaient pas autrement que les affaires de pure administration. Aussi les plaintes étaient nombreuses. M. de Cormenin s'exprime ainsi : « Il y a des décisions qui sont apposées sous la forme d'un simple approuvé en marge ou à la fin des rapports : alors il est souvent très difficile de distinguer ce qu'il y a de contentieux dans la décision de ce qu'il y a d'administratif, et de retrouver les motifs confondus dans la narration des faits et la discussion des pièces. » Des critiques analogues ont été reproduites avec plus de développement par M. Vivien. Le conseil d'Etat s'était efforcé dans une certaine mesure de combler cette lacune : il reconnaissait qu'une décision ministérielle devait être suffisamment motivée, ce qui prouve bien qu'en pratique il n'en était pas toujours ainsi.

Le décret du 2 novembre 1864 est venu apporter à cette situation de notables améliorations. Les parties peuvent demander au ministre un récépissé constatant à quelle date leur réclamation a été reçue et enregistrée au ministère. Les

ministres doivent statuer sur chaque affaire par une décision spéciale, décision qui est notifiée administrativement aux parties intéressées. L'article 7 impose aux ministres une autre règle : lorsqu'ils statuent sur des recours formés contre des décisions de leurs subordonnés, leur décision doit intervenir dans le délai de quatre mois à dater de la réception de la réclamation au ministère ou de la réception des dernières pièces produites. Ce délai expiré, si aucune décision n'est intervenue, les parties peuvent considérer leur réclamation comme rejetée et se pourvoir devant le conseil d'Etat.

SECTION II. — *Autorité judiciaire.*

Déjà nous avons soutenu que le pouvoir judiciaire ne constituait pas un troisième pouvoir distinct du pouvoir exécutif. Nous avons montré combien cette solution répugnait à la nature des choses et quelle conséquence devait nécessairement en découler : si le pouvoir judiciaire est un des trois pouvoirs constitués, comme les deux autres il doit puiser ses droits dans le pouvoir constituant, dans le peuple.

Outre l'autorité de Montesquieu, les partisans de la théorie des trois pouvoirs invoquent un ar-

gument tiré de l'inamovibilité des magistrats. Cela ne peut suffire pour faire triompher leur doctrine : l'inamovibilité a été accordée non dans l'intérêt des magistrats, mais uniquement pour la garantie des justiciables. L'argument est d'autant moins probant que certains membres du corps judiciaire sont amovibles, et que les membres de la cour des comptes, corps administratif, sont inamovibles.

La théorie des trois pouvoirs est contraire à la pratique, à nos institutions, qui toutes, monarchiques ou républicaines, ont rattaché l'autorité judiciaire au pouvoir exécutif par la nomination des magistrats, par leur investiture. Toutefois, on peut soutenir que, sous la Constituante, le pouvoir judiciaire fut considéré comme un troisième pouvoir. Depuis, le législateur est revenu sur cette décision ; ce qui le prouverait, ce sont les débats qui eurent lieu en 1840 à la Chambre des députés sur la justice déléguée et la justice retenue. Cette manière de voir, nous ne saurions trop le répéter, est conforme à la réalité : rendre la justice, prononcer sur les différends qui s'élèvent entre les particuliers, n'est-ce pas encore concourir à l'exécution de la loi (1) ?

(1) L'opinion suivant laquelle l'autorité judiciaire fait partie du pouvoir exécutif a été soutenue par de nombreux écrivains : Serrigny, I, p. 17. — Dufour, I, p. 97 et VII, p. 578. — Du-

Si, théoriquement, le pouvoir judiciaire fait partie du pouvoir exécutif, il est de nécessité sociale que le chef de l'Etat délègue à des hommes éclairés et impartiaux ce droit si important, cette tâche si délicate de rendre la justice. En fait, ce droit a été presque toujours délégué. « Quelques empereurs romains eurent la fureur de juger : nuls règnes n'étonnèrent plus l'univers par leurs injustices (1). »

Sous l'ancienne monarchie, les charges de judicature étaient vénales, les offices étaient héréditaires. De là de grands abus ; mais de là aussi des résultats utiles : ces dispositions consacrèrent l'indépendance de l'autorité judiciaire et permirent aux parlements de mettre un frein à l'omnipotence royale. Entre ces deux pouvoirs, sans limites bien définies et tous deux empiétant, les conflits se succédèrent jusqu'à la convocation des Etats généraux de 1789.

A cette époque les parlements étaient populaires, on les acclamait au nom du progrès, oubliant trop facilement qu'ils avaient opposé aux réformes de Turgot une barrière infranchissable.

croq., I, n° 34. — Blanche, *Dictionnaire général d'administ.*, V. Autorité judiciaire. — Dalloz, V. Compétence. — Fuzier-Herman, liv. cité, p. 295.

(1) Montesquieu, *Esprit des lois*, liv. VI, chap. 5 ; ce chapitre, un des plus beaux chapitres qu'ait écrits Montesquieu, mériterait une citation intégrale.

Mais le parlement de Paris, en réclamant les formes surannées des Etats de 1614, perdit en un seul jour le fruit d'une popularité laborieusement acquise. L'Assemblée nationale, par le décret du 3 novembre 1789, mit alors les parlements en vacances indéfinies.

Mais devant cette assemblée qui s'était donné comme but la refonte générale des institutions du pays, s'était déjà posée la question de l'organisation judiciaire. Sur cette grave question, dans un rapport du 17 août 1789, Bergasse, député du Rhône, s'exprimait ainsi : « Pour que le pouvoir judiciaire soit organisé de manière à ne mettre en danger ni la liberté civile ni la liberté politique, il faut que, dénué de toute espèce d'activité contre le régime politique de l'Etat, et n'ayant aucune influence sur les volontés qui concourent à former ce régime ou à le maintenir, il dispose, pour protéger tous les individus et tous les droits, d'une force telle que, toute-puissante pour défendre et pour secourir, elle devienne absolument nulle, sitôt que, changeant sa destination, on tentera d'en faire usage pour opprimer. » Tel était le problème qu'avait à résoudre l'Assemblée constituante. Mais, préoccupée par-dessus tout des dangers que pouvaient présenter les empiétements du pouvoir judiciaire, elle s'occupa moins d'assurer sa force, son indépendance, que

de le contenir, nous dirions volontiers que de l'annihiler.

La nuit du 4 août avait vu disparaître les justices seigneuriales avec les derniers vestiges du régime féodal. D'ailleurs ces justices seigneuriales étaient arrivées graduellement à perdre d'une façon presque complète leur indépendance primitive. Par un édit de 1788 elles avaient été menacées de périr de nom comme elles avaient à peu près péri de fait. L'abolition du régime féodal, votée par acclamation durant la nuit du 4 août, leur porta le dernier coup. En outre, la loi des 16-24 août 1790 abolit la vénalité et l'hérédité des offices de judicature. Mais il ne suffisait pas de faire table rase, il fallait encore établir des institutions nouvelles à la place de celles qu'on avait détruites. Ce fut là l'objet de la loi que nous venons de citer.

La plus importante des questions à résoudre était celle de savoir qui serait chargé de rendre la justice. Adrien Duport, ancien membre du parlement de Paris, a attaché son nom au projet d'établir en France le jury civil. Ce projet fut défendu par Barnave et Roederer. Le député Chabroud soutint la même idée en ces termes : « Si l'examen par juré est bon en soi au criminel, il est encore plus essentiel au civil, car nous voyons souvent les hommes attacher plus d'im-

portance à leur fortune qu'à leur liberté (1). »

Thouret et Mirabeau subordonnaient l'établissement du jury civil à une double condition : la simplification des lois civiles, la disposition plus favorable de l'opinion publique.

Le principe même du jury civil rencontra de nombreux adversaires. Garat l'aîné qualifie cette institution : la plus honteuse des inepties ; et, en présence des murmures que soulève cette qualification, il s'abrite derrière l'autorité de Turgot dont il cite ces paroles : « Il faut éviter l'ignorance des jurés pris au hasard. » Lanjuinais et Tronchet repoussèrent également d'une manière absolue le jury civil. Le discours de Tronchet eut une influence décisive sur la solution de la question. Il ne se contente pas de combattre les jurés pour impéritie ; il soutient, en outre, que toutes les questions judiciaires sont mixtes ou mêlées de fait et de droit. « Il n'est pas un homme, dit-il, ayant quelque expérience des affaires, qui ne convienne que, d'après la nature de celles qui se présentent dans nos tribunaux, il n'en est pas une sur cent, de celles que nous appelons questions de fait, dans laquelle la question de fait soit matériellement divisible de la question de droit. » Tronchet conclut en demandant des

(1) *Moniteur*, séance du 28 avril 1790.

juges permanents. Selon lui, on n'a rien à craindre de ces juges pour la liberté publique, car ils seront élus par le peuple, toujours dépendants du peuple. Ce discours fit rejeter le principe du jury civil. Dans la séance du 29 avril 1790, l'Assemblée décida qu'il y aurait des jurés en matière criminelle et non en matière civile.

Voulant supprimer les parlements sans établir le jury, il était nécessaire de créer des juges et des tribunaux. L'inamovibilité fut presque universellement combattue, car tous se souvenaient des abus de l'ancienne magistrature. On considéra l'inamovibilité comme un privilège d'impunité accordé au juge, privilège que rien ne justifiait, et on la repoussa. Il y avait là une erreur qu'excusaient des faits trop récents : l'inamovibilité du juge doit être établie, non dans son intérêt, mais dans l'intérêt du justiciable, afin de garantir l'impartialité du magistrat en lui assurant l'indépendance à l'égard de celui qui, sans cela, l'ayant nommé, pourrait le révoquer.

Rœderer, s'appuyant sur la théorie des trois pouvoirs émise par Montesquieu, soutint que les juges devaient être élus par le peuple. La Constituante lui donna raison par 503 voix contre 450 dans la séance du 6 mai 1790. Au roi était réservée l'investiture : ce n'était qu'une pure formalité, car on ne lui présentait comme juge qu'un

seul sujet. Les magistrats n'étaient élus que pour un temps : leurs fonctions expiraient au bout de six ans ; mais ils pouvaient être réélus (1).

On se demanda si la justice serait rendue par des juges d'assises, conformément à la législation anglaise, ou si l'on instituerait des tribunaux sédentaires. L'Assemblée se prononça pour l'établissement de tribunaux sédentaires.

L'appel fut admis ; mais l'Assemblée, tout en décrétant le droit d'appel, se refusa à établir deux degrés de juridiction et voulut que, malgré cela, tous les tribunaux fussent égaux. Dans ce but, elle institua dans chaque district un tribunal composé de cinq juges et un commissaire du roi. Ces tribunaux étaient juges d'appel les uns à l'égard des autres ; il appartenait aux parties de choisir celui qui les jugerait en appel.

Dans cette organisation judiciaire, l'Assemblée constituante poursuit un double but : n'accorder au roi aucune influence sur le pouvoir judiciaire et pour cela faire élire les magistrats par le peuple ; restreindre autant que possible les pouvoirs de l'autorité judiciaire en n'établissant aucune hiérarchie, en décrétant que l'élection serait temporaire. Si l'Assemblée constituante craint le pouvoir exécutif, elle ne redoute pas moins le pou-

(1) Loi des 16-24 août 1790, titre II, art. 4.

voir judiciaire ; elle a sans cesse devant les yeux le spectre des parlements.

Un changement profond allait s'opérer avec la constitution du 22 frimaire an VIII. L'art. 61 posa en principe qu'il serait établi des tribunaux d'appel distincts, des tribunaux de première instance. L'élection des juges reçut une première atteinte dans l'article 68, décidant que les juges, autres que les juges de paix, seraient nommés à vie par le gouvernement. Puis vint le sénatus-consulte du 16 thermidor an X, qui conférait au premier consul le droit de nommer chaque juge de paix sur une liste de deux candidats désignés par l'assemblée du canton.

La magistrature était alors inamovible. Toutefois, il existait une restriction importante : suivant un sénatus-consulte du 12 octobre 1807, les provisions à vie n'étaient délivrées aux juges qu'après cinq ans d'exercice de leurs fonctions, si l'empereur reconnaissait qu'ils étaient dignes d'être maintenus dans leurs places. C'était là une arme fort dangereuse mise entre les mains du pouvoir exécutif, pour peser sur les décisions judiciaires. A l'époque de la Restauration, l'article 28 de la Charte proclame le principe de l'inamovibilité de la magistrature. Une seule exception est faite, elle concerne les juges de paix (1).

(1) Art. 61 de la Charte.

Toute trace d'élection disparaît en ce sens qu'il n'est plus question de liste d'éligibles. Les juges de commerce sont seuls élus.

Depuis 1814 aucune modification sérieuse n'a été apportée à l'organisation judiciaire. De nombreux projets de réforme ont été proposés depuis quelques années. On voulait diminuer le nombre des juges, améliorer leur situation, changer le mode de recrutement. Laissant de côté les deux premiers points qui sont d'un intérêt secondaire, nous nous attacherons seulement au recrutement.

Doit-on maintenir la nomination par le pouvoir exécutif? Nous n'hésitons pas à soutenir l'affirmative. Il est vrai que ce mode de recrutement n'est pas dépourvu d'inconvénients, car trop souvent on a oublié qu'on devait aux justiciables des juges éclairés et impartiaux. Mais si l'on voit le danger du mode actuel de nomination, croit on que le recrutement de la magistrature par elle-même ne présenterait aucun inconvénient? Est-ce que la faveur ou le népotisme seraient à jamais bannis du choix qu'on pourrait faire?

Le meilleur moyen, croyons-nous, pour arriver à un recrutement sérieux de la magistrature serait de rétablir et de généraliser le concours institué par M. Dufaure en 1875, pour les attachés

aux parquets des cours et des tribunaux (1). Mais ce concours ne suffirait pas pour créer des droits. La science n'est pas seule nécessaire à un magistrat ; il faut encore rencontrer chez lui l'intégrité, l'honorabilité. Durant le stage fait au ministère, il serait facile de se rendre compte des qualités intellectuelles et morales de chacun ; et alors on ne nommerait plus un inconnu, mais quelqu'un qui déjà aurait fait ses preuves. Ce système appliqué sans exclusivisme donnerait, à coup sûr, d'excellents résultats, surtout si la loi limitait strictement les choix qui pourraient être faits en dehors du personnel judiciaire et de ceux qui auraient passé le concours.

La seconde question qui se pose nécessairement toutes les fois qu'on se préoccupe de l'organisation judiciaire, est celle du jury civil. Proposé par Duport devant la Constituante, par Cambacérès devant la Convention, soutenue en 1848 devant l'Assemblée constituante, l'institution du jury civil a toujours été repoussée.

Un certain nombre de publicistes ont donné leur adhésion à cette institution. Parmi ceux qui ont réclamé le plus vivement la création du jury civil, se place M. Bonjean (2). « Le jury, dit-il,

(1) Arrêtés du ministre de la justice des 10 et 25 octobre 1875.

(2) Bonjean, *Traité des actions*, t. I, p. 207 et suiv.

est inhérent à la nature des choses ; il n'est qu'une application du grand principe de la division du travail. Nul homme ne peut embrasser l'ensemble des connaissances humaines ; et à moins que les sciences et les arts ne rétrogradent vers la barbarie, il faut bien que les questions qui se rapportent à une branche quelconque des sciences ou de l'industrie, soient jugées par des hommes qui en ont fait une étude particulière. »

Ainsi, d'après M. Bonjean, il faudrait autant de catégories de jurés qu'il peut se présenter de catégories diverses d'affaires litigieuses : ce seraient, en quelque sorte, d'innombrables conseils de prud'hommes étendus sur toute la France. Cette idée, toute théorique, nous semble inapplicable. Est-il bien certain, d'ailleurs, qu'un jury composé de fabricants, d'écrivains, connaîtrait mieux que des magistrats la législation des brevets, les difficultés relatives à la propriété littéraire ? Au nom du principe même de la division du travail, invoqué par M. Bonjean, nous demandons qu'on laisse le soin de trancher les questions litigieuses à ceux qui ont fait du droit l'étude de toute leur vie.

Le jury civil ne supporte pas l'examen au point de vue pratique : pour dire le droit, il faut le connaître et savoir l'appliquer à une espèce donnée. Pour cela, le bon sens ne suffit pas ; il faut, en

outre, l'habileté et la science du jurisconsulte. Il ne suffit pas non plus d'être éclairé, il faut aussi être calme : trop souvent le jury est passionné comme l'opinion publique dont il est l'organe (1).

Est-ce que les décisions du jury criminel sont toujours inattaquables ? Et cependant, en matière criminelle, les questions à trancher sont moins délicates qu'en matière civile. Plus d'une fois, un jury facile à émouvoir a prononcé des peines trop faibles, des acquittements immérités. Nous préférons cet excès d'indulgence à l'excès contraire. Mais, en matière civile, l'indulgence dans un procès entre particuliers serait une injustice : si l'on favorise l'une des parties, on méconnaît le droit de l'autre. Les intérêts en présence sont plus sensibles : il s'agit, non plus de la société, mais de l'individu. Les questions sont aussi plus délicates à résoudre. De quelque part qu'on l'envisage, le jury civil présente des inconvénients qui ne sont pas inhérents au jury criminel : il doit être repoussé.

Il est une autre raison qui milite contre l'établissement du jury civil : c'est la difficulté de distinguer les points de droit des points de fait. Cette distinction, toujours difficile, est parfois impossible. Pour arriver à une solution, il faut laisser

(1) Saint-Girons, livre c., p. 424.

au juge le droit de limiter le terrain du fait, ce qui a lieu en Angleterre, et alors les jurés se trouvent d'une façon absolue sous la dépendance du magistrat.

On a invoqué en faveur du jury cet argument, qu'il servirait à l'éducation politique des jurés. « Je ne sais, dit M. de Tocqueville, si le jury est utile à ceux qui ont des procès ; mais je suis sûr qu'il est très utile à ceux qui les jugent. Je le regarde comme un des moyens les plus efficaces dont puisse se servir la société pour l'éducation du peuple (1). » Pour nous, cette phrase est la condamnation même du jury civil prononcée par l'un de ses partisans, qui ne le considère point comme une bonne institution au point de vue judiciaire. On doit tendre sans doute à l'éducation du peuple ; mais, pour atteindre ce but, il serait inique de sacrifier les droits des particuliers, les intérêts d'une bonne justice. Les justiciables, la justice, ce ne sont pas là choses sans valeur sur lesquelles on puisse impunément faire des expériences.

Un dernier argument en faveur du jury civil consiste à invoquer ce qui se passe en Angleterre, où ce jury fonctionne. Examinons quelle est la force de cet argument. En 1869, une enquête ayant été faite en Angleterre sur le jury, un

(1) De Tocqueville, *Démocratie en Amérique*, t. II, p. 184.

compte rendu de cette enquête fut soumis à la Société de législation comparée par M. du Buit (1). Les résultats qu'elle contient sont loin d'être favorables au jury. Dans les comtés agricoles le jury ordinaire était si peu intelligent qu'on était obligé en quelque sorte de le trier. De nombreux abus sont signalés : parmi eux, l'entreprise d'un nommé Mayhew, qui, moyennant un abonnement d'une guinée par an, s'engageait à faire dispenser ses clients du service du jury ; son commerce était fort prospère, lorsque la justice vint l'entraver. On se préoccupa aussi de l'assiduité extraordinaire de certains jurés qui trouvaient moyen de siéger constamment ; ils se faisaient ainsi de leurs fonctions une sorte de revenu s'élevant parfois jusqu'à deux guinées (2) par jour.

Dans la discussion qui suivit cette communication, tous ceux qui prirent part à cette discussion, MM. Laboulaye, Jozon, Jones, du Buit, furent unanimes pour reconnaître que les renoncations au jugement par jury devenaient de plus en plus fréquentes. Ils constatèrent que le jury civil avait fait son temps comme institution judiciaire, qu'il était destiné à tomber en désuétude.

Comme pour donner raison à ces observations,

(1) Analyse d'une enquête anglaise sur le jury ; Bulletin de la Société de législation comparée, t. I, p. 453.

(2) Cinquante-trois francs.

en 1880, la Chambre des communes s'est occupée en seconde lecture d'une loi ayant pour objet de donner plus d'extension à la compétence des cours de comté. Nous lisons dans les motifs de la loi que, devant ces cours, les frais de justice sont moindres que devant le jury, et que les causes qui sont soumises aux jurés deviennent chaque jour moins nombreuses. Par suite, la loi tendait à répondre au sentiment public, en augmentant encore la compétence des cours de comté.

Les institutions anglaises ne peuvent donc pas servir d'argument à ceux qui demandent le jury civil. Bien au contraire, l'expérience faite chez les Anglais est loin d'être favorable à cette innovation. Sachons profiter de cette leçon. Si nous voulons de meilleurs juges, il faut le demander à un recrutement plus sérieux de la magistrature, mais laissons de côté cette institution défectueuse qui nous ramènerait bien loin en arrière, jusqu'aux lois féodales, et même jusqu'aux lois barbares.

Ainsi donc, le soin de régler les intérêts privés par l'application des lois civiles doit être laissé à des magistrats nommés par le gouvernement. Mais il importe que l'indépendance de ces juges soit garantie dans l'exercice de leurs fonctions ; la première des garanties est l'inamovibilité. Le système contraire, adopté par la Constituante,

n'était qu'une réaction exagérée contre la vénalité des offices. Il importe que les juges soient impartiaux. Il importe non moins à la dignité de la justice que les justiciables croient à l'impartialité de la magistrature. Pour que cette confiance existe, il ne faut pas que le juge soit à la discrétion d'un pouvoir quelconque : parlement, électeur ou ministre. Un magistrat ne doit se laisser influencer par aucune passion ; dès lors il faut qu'il soit au-dessus de ceux qui les ressentent.

Peut-on parler de l'inamovibilité de la magistrature sans rappeler l'admirable discours de Royer-Collard ? « Il n'y a pas de ministère aussi important que celui de juge. Lorsque le pouvoir, chargé d'instituer le juge au nom de la société, appelle un citoyen à cette éminente fonction, il lui dit : Organe de la loi, soyez impassible comme elle. Toutes les passions frémiront autour de vous ; qu'elles ne troublent jamais votre âme. Si mes propres erreurs, si les influences qui m'assiègent et dont il m'est si malaisé de me garantir entièrement, m'arrachent des commandements injustes, désobéissez à ces commandements ; résistez à mes séductions, résistez à mes menaces. Quand vous monterez au tribunal, qu'au fond de votre cœur il ne reste ni une crainte, ni une espérance ; soyez impassible comme la loi. Le citoyen répond : Je ne suis qu'un homme, et ce que vous

demandez est au-dessus de l'humanité. Vous êtes trop fort et je suis trop faible ; je succomberai dans cette lutte inégale. Vous méconnaîtrez les motifs de la résistance que vous me prescrivez aujourd'hui, et vous la punirez. Je ne puis m'élever toujours au-dessus de moi-même, si vous ne me protégez à la fois et contre moi et contre vous ; affranchissez-moi et de la crainte et de l'espérance : promettez-moi que je ne descendrai point du tribunal, à moins que je ne sois convaincu d'avoir trahi les devoirs que vous m'imposez. Le pouvoir hésite ; c'est la nature du pouvoir de se dessaisir lentement de sa volonté. Éclairé enfin par l'expérience sur ses véritables intérêts, subjugué par la force toujours croissante des choses, il dit au juge : « Vous serez inamovible (1). » Nous avons tenu à citer en entier les paroles de Royer-Collard, parce qu'il nous semble impossible de mieux démontrer l'utilité, la nécessité de juges inamovibles.

La discipline dans les cours et tribunaux est fortement organisée par suite de la hiérarchie qui existe dans l'ordre judiciaire. Les tribunaux d'arrondissement ont un certain pouvoir disciplinaire sur leurs membres et sur les juges de paix

(1) Royer-Collard, Discours sur l'inamovibilité, session 1815-1816.

de l'arrondissement. La Cour d'appel jouit également de droits disciplinaires sur ses membres et sur les juges qui composent les tribunaux du ressort. Enfin, la Cour de cassation, placée au sommet comme un gardien suprême de l'honneur et de la dignité du corps judiciaire, examine et juge toutes les fautes graves commises par un magistrat contre le devoir professionnel.

Les peines disciplinaires qui peuvent être prononcées contre les magistrats inamovibles sont : le simple avertissement, la censure simple, la censure avec réprimande, la suspension, la déchéance (1). Il est donc vrai de dire que, si l'inamovibilité est une garantie d'impartialité chez le juge, elle ne doit pas être considérée comme un privilège d'immunité pour lui. En effet, le juge qui se rend coupable d'un fait grave n'est pas à l'abri de tout recours : il sera déféré à la Cour de cassation, qui pourra prononcer soit la suspension, soit même la déchéance.

Devant la Cour de cassation comme devant le conseil d'Etat, on admet le recours pour incompétence ou excès de pouvoir. Dans ce genre de recours, ce n'est pas toujours une question contentieuse qui domine. C'est souvent un véritable recours hiérarchique qui permet à la Cour su-

(1) Art. 50 et 59 de la loi du 20 avril 1810.

prême de faire prévaloir le respect absolu des compétences. Ainsi envisagé, le recours pour excès de pouvoir constitue un second mode d'action de l'autorité disciplinaire, s'exerçant non plus sur les personnes, mais sur les actes.

Il y a excès de pouvoir lorsque les tribunaux prononcent sur les causes qui leur sont soumises par voie de disposition générale et réglementaire (1). Cette défense est conforme à la division des pouvoirs : des juges statuant par voie de disposition générale empiéteraient sur les attributions du législateur. S'ils doivent appliquer la loi ou l'interpréter toutes les fois qu'ils en sont requis (2), ils ne peuvent ni la faire, ni la critiquer (3) : ils ne sont que les serviteurs de la loi chargés de veiller à son exécution.

Le pouvoir judiciaire ne doit donc en rien s'immiscer dans les actes du pouvoir législatif. Il diffère de celui-ci par le défaut de liberté, de spontanéité active. Les décisions sont individuelles : il se borne à tirer une conséquence de la loi, à faire l'application des principes posés par celle-ci à un cas spécial ou à une personne déterminée.

(1) Art. 5 du Code civil.

(2) Un refus les rendrait coupables de déni de justice, art. 4 du Code civil.

(3) Arrêt de cassation du 13 juin 1879 annulant les motifs d'un jugement du tribunal de Baugé, qui contenaient un blâme pour un ordre du jour de la Chambre des députés.

Enfin l'autorité judiciaire statue toujours sur un fait accompli en vue d'une difficulté préexistante. Au contraire, en ce qui concerne le pouvoir législatif, ses décisions, en principe, n'ont trait qu'à l'avenir : nous avons vu, en effet, que les lois n'ont pas d'effet rétroactif.

L'autorité judiciaire diffère également du pouvoir exécutif proprement dit par suite de son manque de spontanéité active. Les tribunaux n'agissent jamais d'eux-mêmes, il faut qu'ils soient saisis par les parties intéressées.

CHAPITRE II

INDÉPENDANCE DES DEUX AUTORITÉS.

Les dispositions légales qui établissent l'indépendance des deux autorités ont été édictées par l'Assemblée constituante de 1789, et depuis elles ont survécu à toutes nos révolutions. Leur importance est telle qu'il nous faut citer les textes mêmes.

En première ligne se place l'article 13, titre II, de la loi des 16-24 août 1790 sur l'organisation judiciaire; il est ainsi conçu : « Les fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séparées des fonctions administratives; les juges ne pourront, à peine de forfaiture, troubler de quelque manière que ce soit les opérations des

corps administratifs, ni citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions. »

La constitution du 3 septembre 1791 contient une disposition analogue. Elle s'exprime ainsi : « Les tribunaux ne peuvent ni s'immiscer dans l'exercice du pouvoir législatif ou suspendre l'exécution des lois, ni entreprendre sur les fonctions administratives ou citer devant eux les administrateurs à raison de leurs fonctions (1). »

Enfin, la loi du 16 fructidor an III fut rendue pour faire respecter le principe posé. Aux termes de cette loi, la Convention, après avoir entendu son comité de finances, annule toutes procédures et jugements intervenus dans les tribunaux judiciaires contre les membres des corps administratifs et comité de surveillance, sur réclamations d'objets saisis, de taxes révolutionnaires et d'autres actes d'administration émanés desdites autorités pour l'exécution des lois et arrêtés des représentants du peuple en mission ou sur répétition des sommes et effets versés au trésor public. Défenses itératives sont faites aux tribunaux de connaître des actes d'administration de quelque espèce qu'ils soient, aux peines de droit, sauf aux réclamants à se pourvoir devant le comité des

(1) Constitution du 3 septembre 1791, titre III, chap. V, article 3.

finances pour leur être fait droit s'il y a lieu, en exécution des lois et notamment de celle du 13 frimaire an II.

En lisant ces diverses dispositions, l'on s'aperçoit que l'Assemblée constituante s'est préoccupée surtout d'assurer l'indépendance de l'autorité administrative à l'encontre du pouvoir judiciaire. Son but est d'empêcher que les nouveaux tribunaux qu'elle vient d'organiser ne suivent les errements des anciens parlements. C'est ce qui a fait dire à M. Reverchon que les règles tracées sur ce point par la Constituante avaient avant tout un sens et une explication historiques (1).

Mais du moment où l'on interdisait aux tribunaux judiciaires de statuer sur les actes administratifs, l'on était forcé de permettre à l'administration elle-même d'examiner les réclamations qui pouvaient naître à la suite d'un acte administratif. Du principe de la séparation des deux autorités naissait le contentieux administratif.

§ 1^{er}. — *Du contentieux administratif.*

Il y a contentieux administratif toutes les fois que, en matière administrative, le juge prononce

(1) Reverchon, v. *Conflits*, p. 529 du *Dictionnaire général d'administration*, de M. Block.

sur des intérêts opposés après des débats contradictoires entre deux parties dont l'une a cité l'autre à son tribunal. Le contentieux administratif se compose de toutes les réclamations fondées sur la violation d'obligations imposées à l'administration par les lois et règlements qui la régissent, ou par les contrats qu'elle souscrit. Sa définition n'a été donnée par aucun texte ; elle se tire de la jurisprudence du conseil d'Etat. Cette jurisprudence repousse toute prétention fondée sur un simple intérêt : il faut qu'il y ait un droit violé pour que le recours par voie contentieuse soit admis contre un acte administratif individuel ; ce droit peut résulter soit de la loi, soit d'un contrat. Lorsqu'il s'agit d'un acte réglementaire, la seule voie ouverte devant la juridiction administrative est le recours pour excès de pouvoir.

Lorsque le recours par la voie contentieuse n'est pas possible, le particulier lésé par un acte administratif peut faire appel à l'équité de l'administration pour obtenir qu'elle rapporte l'acte qui le froisse : c'est le recours par la voie gracieuse. Dans ce cas l'autorité administrative est investie d'un pouvoir discrétionnaire.

Il est fort difficile de déterminer les cas dans lesquels la décision appartient à la juridiction gracieuse. L'intérêt pratique est cependant considérable. Nous pouvons indiquer trois différen-

ces importantes entre le recours par la voie gracieuse et le recours par la voie contentieuse. En matière contentieuse, le recours est ouvert devant le conseil d'Etat directement ou indirectement, à moins qu'il ne s'agisse d'une décision rendue en dernier ressort ; en matière gracieuse, le conseil d'Etat n'a pas à statuer : le recours n'a lieu que devant les représentants de l'administration active. Dans le recours par la voie gracieuse, on peut toujours appeler de l'administration mal informée à l'administration mieux informée ; en matière contentieuse, au contraire, l'autorité de la chose jugée s'applique dans toute sa rigueur. Enfin, les matières gracieuses ne sont soumises, en général, à aucune procédure ; il en est différemment pour les matières contentieuses qui comportent des formalités de rigueur, des délais de déchéance.

La distinction entre ces deux voies de recours se tire de la jurisprudence du conseil d'Etat. Toutes les fois où le recours par la voie contentieuse n'est pas admis, il faut suivre la voie gracieuse. C'est donc elle qui s'impose lorsque la réclamation est fondée sur un simple intérêt, ou lorsque l'acte attaqué a un caractère politique et gouvernemental. Mais ce qui engendre la confusion, c'est que certains représentants de l'administration active qui ont le droit de statuer par voie

gracieuse, sont investis contrairement aux principes d'attributions contentieuses, ce qui a lieu notamment pour les ministres. Cette confusion dans les personnes produit une confusion dans les choses.

§ 2. — *Nécessité du contentieux administratif.*

Le contentieux administratif a été souvent attaqué. Certains écrivains n'ont voulu voir en lui qu'un assemblage de contestations distinctes, disparates, réunies dans un but de despotisme administratif sous une commune qualification, et soustraites à l'autorité des juridictions de droit commun. « Méconnaissant la pensée de l'Assemblée constituante et du grand administrateur du dix-neuvième siècle, ces écrivains attribuent aux besoins du moment, au désir d'empiétement, les dispositions qui sont la conséquence nécessaire des principes établis et qui s'harmonisent avec l'ensemble de l'édifice social (1). »

Sous l'ancienne monarchie, le contentieux de l'administration se confondait avec les matières civiles; mais on avait créé pour les matières mixtes, telles que les eaux et forêts, les impôts, les finances, des juridictions d'exception qui ren-

(1) Chauveau Ad., *Principes de compétence et de juridiction administrative*, introduction.

daient la justice dans la même forme que les tribunaux ordinaires, mais qui ne jouissaient pas, comme eux, de l'inamovibilité.

Le jour où l'Assemblée constituante établit comme principe que les fonctions judiciaires devaient toujours demeurer distinctes et séparées des fonctions administratives, elle rendit nécessaire la création des tribunaux administratifs. L'administration devant rester séparée de l'autorité judiciaire (1), il fallait bien que le législateur prévît la nécessité de vaincre les difficultés qui pourraient naître d'actes administratifs.

La juridiction administrative n'est donc pas une invention toute despotique; c'est la conséquence logique du principe de la séparation des pouvoirs tel qu'il a été compris par l'Assemblée constituante, et nous croyons que, dans cette circonstance, la Constituante a eu la notion exacte des nécessités de l'administration. Plus d'une fois elle a montré des craintes chimériques à l'égard du pouvoir judiciaire; mais, ici, il était juste de le contenir.

Si l'on abandonne le contentieux administratif aux tribunaux ordinaires, plus d'un danger est à craindre. Ou les juges seront dociles envers le pouvoir, alors l'administration mettra sa respon-

(1) Loi des 16-24 août 1790.

sabilité à couvert derrière l'inamovibilité du juge ; ou bien les juges se montreront les antagonistes de l'administration , et alors celle-ci sera sous leur dépendance, elle tombera en tutelle. « La justice tiendra sans cesse le glaive et la balance suspendus sur la tête du gouvernement, le citant chaque jour à sa barre, lui rompant en visière ; ce seraient les éphores de Sparte ; ce serait le grand justicier d'Aragon (1). » Ce témoignage a sa valeur, sous la plume d'un écrivain qui était loin d'être un partisan enthousiaste de la juridiction administrative :

En outre, les affaires de l'administration ne sauraient supporter la complication, la lenteur des formes ordinaires de la procédure établie pour régler les intérêts des citoyens entre eux. Elles exigent une solution plus prompte ; elles exigent aussi la connaissance des détails de l'administration. Il est bon que ces questions litigieuses soient tranchées par des hommes habitués aux affaires administratives par leur situation même de conseillers de l'autorité active.

On a fait valoir contre les tribunaux administratifs que l'administration était à la fois juge et partie. Il y a là une erreur, au moins partielle,

(1) Duc V. de Broglie, *Des tribunaux administratifs*. *Revue française* de novembre 1829.

puisque les autorités administratives à qui incombe la solution du contentieux diffèrent presque toujours des autorités chargées de l'administration active; ce qui est vrai, surtout depuis que la loi de 1872 a donné au conseil d'État un pouvoir propre en matière contentieuse. Il est regrettable que cette séparation entre le jugement et l'action ne soit pas absolue, que le préfet préside le conseil de préfecture, que le garde des sceaux préside le tribunal des conflits, que les ministres aient des attributions contentieuses. Ce sont là des réformes urgentes, sur lesquelles tous les théoriciens sont d'accord. Mais si l'œuvre est imparfaite sur quelques points de détail, est-ce une raison suffisante pour la condamner dans son ensemble?

Ce n'est donc pas au nom des principes que l'on peut attaquer la juridiction administrative, puisqu'elle tient à la séparation des pouvoirs, puisqu'il est logique que les litiges d'ordre administratif soient tranchés par des hommes versés dans ces questions. Peut-on l'attaquer au nom de l'intérêt privé, inexorablement sacrifié à l'intérêt général par la jurisprudence administrative? Là encore nous n'hésitons pas à répondre négativement; et les exemples abondent à l'appui de notre opinion.

Dans un mémoire sur les résultats comparés

de la jurisprudence du conseil d'État et de la Cour de cassation concernant les alignements et permissions pour la grande et la petite voirie, mémoire publié par M. Cotellet, nous voyons que, dans cinq questions, le conseil d'État sacrifie les intérêts du service public de la voirie aux intérêts de la propriété privée, tandis que la jurisprudence de la Cour de cassation est plus rigoureuse. Un homme qui, par sa science, a honoré le conseil d'État, a donc eu raison de dire que l'un des mérites propres de la juridiction administrative consiste en ce qu'elle est, en ce qu'elle peut être une juridiction modératrice et modérée (1). Elle le peut, parce que le juge du contentieux administratif, étant mêlé à la pratique des affaires administratives, se rend mieux compte des difficultés que pourrait rencontrer l'administration si des solutions trop rigoureuses étaient adoptées. Dès lors, il n'impose à l'intérêt privé que les sacrifices absolument nécessaires dans l'intérêt général.

Les contraventions en matière d'alignement sont de la compétence civile pour la petite voirie et de la compétence administrative pour la grande voirie. Quand une réparation a été faite sans

(1) Aucoc, article paru dans le *Moniteur universel* du 25 août 1864.

avoir obtenu d'autorisation, alors que cette formalité était nécessaire, la Cour de cassation prononce l'amende et la démolition. Le conseil d'État n'ordonne la suppression que si les travaux sont confortatifs; sinon, il prononce simplement l'amende (1). On rencontre la même différence entre les deux jurisprudences pour ce qui concerne les constructions nouvelles.

M. Aucoc nous indique quelles sont, suivant des conseillers à la Cour de cassation, les causes de ces divergences. « Ils ont reconnu que l'autorité judiciaire était très prudente quand il s'agissait d'apprécier la légalité d'une mesure que l'administration défendait énergiquement comme nécessaire dans l'intérêt public, et ils croyaient que cette prudence, cette timidité, était un acte de sagesse pour des juges qui ne sont pas familiers avec les difficultés que rencontre chaque jour l'administration dans l'accomplissement de sa tâche et qui doivent se préoccuper des conséquences de leur décision. Ils ne blâmaient pas la hardiesse du conseil d'État; mais ils l'expliquaient par la spécialité de ses travaux juridiques et administratifs, qui lui assure une complète liberté d'esprit, parce qu'elle lui permet

(1) Cass., 22 avril 1864. Arrêt du conseil d'État du 20 janvier 1853. La Cour de cassation a fini par se rallier à la jurisprudence du conseil d'État.

d'apprécier en pleine connaissance de cause non seulement le sens des lois administratives et des règlements, mais l'utilité même des mesures dont la légalité est contestée (1). »

C'est dans cet esprit que le conseil d'État a presque toujours jugé et qu'il est arrivé, avec une législation incomplète, à former une jurisprudence de plus en plus fixe et homogène, répondant à tous les besoins, protégeant l'intérêt général, sans demander des sacrifices trop onéreux aux intérêts privés.

Supposons que la juridiction administrative soit supprimée : qu'arriverait-il ? Croit-on que les particuliers y trouveraient un surcroît de garanties ? Avec l'abolition du contentieux administratif on verrait augmenter, dans une grande proportion, les recours portés devant l'administration active par la voie gracieuse. Aucune règle n'est imposée à l'administration en matière gracieuse ; elle statue avec un complet arbitraire. Il n'y a donc aucune exagération à soutenir que la juridiction administrative est la plus sûre garantie des droits des particuliers. Par conséquent, on a eu tort d'écrire : « L'idée de la séparation des pouvoirs administratif et judiciaire a fait for-

(1) Aucoc, Discussion à la Société de législation comparée. *Bulletin de l'année 1873*, p. 300-301.

tune ; mais le profit a été pour l'administration et la perte pour les citoyens (1). » L'auteur de ces lignes, avant d'émettre cette affirmation, aurait dû comparer, et non sans profit, la jurisprudence du conseil d'État, qu'il attaquait, avec celle de la Cour de cassation.

On a développé un dernier argument contre les tribunaux administratifs. On a dit qu'ils étaient contraires à l'unité judiciaire, que la justice ordinaire devait s'appliquer à tout le monde, même à l'État. Nous ferons observer d'abord que l'unité judiciaire ne semble pas être le but poursuivi par le législateur, qui a multiplié les tribunaux spéciaux : tribunaux de commerce, tribunaux de prud'hommes, jurys criminels, jurys d'expropriation. En agissant ainsi, il s'est conformé à un principe qui tend de plus en plus à régir le monde moderne : le principe de la division du travail. D'un autre côté, c'est une erreur de dire que les tribunaux de l'ordre judiciaire représentent seuls la justice ordinaire, donnant ainsi à entendre que les tribunaux administratifs sont des juridictions d'exception. La vérité est que l'unité de la justice ne s'oppose en rien à ce qu'il y ait en France des autorités différentes pour juger les

(1) Duvergier de Hauranne, *De l'ordre légal en France*, t. I, p. 291.

contestations de droit civil et les litiges administratifs. Il y a deux autorités ayant mission de dire le droit : l'une est chargée de la défense des droits privés et individuels ; l'autre veille sur les intérêts collectifs et généraux. Dans la limite de leur compétence, chacune de ces autorités est un tribunal ordinaire.

Si attaquée, la juridiction administrative a eu la bonne fortune d'être défendue par tous ceux qui, ayant fait du droit administratif l'étude de toute leur vie, possèdent le plus d'autorité sur cette question. Tous ont soutenu la juridiction administrative, sinon dans son organisation, du moins dans son principe. Qu'il nous suffise de citer MM. Ad. Chauveau (1), Serrigny (2), Dareste (3), Vivien (4), Batbie (5), Aucoc (6).

Un projet de loi pour la suppression des conseils de préfecture ayant été soumis à la commission de décentralisation, celle-ci demanda l'avis de l'ordre des avocats au conseil d'État. En réalité, attaquer les conseils de préfecture, c'était mettre en question tout le contentieux adminis-

(1) Ad. Chauveau, *Principes de comp. adm.*, t. 1.

(2) Serrigny, t. I, p. 65 et s.

(3) Dareste, *la Justice administrative*, p. 195 et 679.

(4) Vivien, *Etudes administratives*, t. I, p. 140.

(5) Batbie, *Droit public et administratif*.

(6) Aucoc, *Conférences*, t. I, p. 392 et s.

tratif. Le conseil de l'ordre se prononça pour le maintien des conseils de préfecture, qu'il considérait comme une institution très utile. Il fit seulement quelques réserves quant à l'organisation.

On trouve encore un témoignage en faveur de la juridiction administrative dans les écrits de M. Reverchon, qui fut successivement maître des requêtes et avocat près le conseil d'Etat. « Nous ne saurions, dit-il, en parlant du conseil d'Etat, trop approuver l'esprit général qui anime cette excellente juridiction, l'élévation et le judicieux libéralisme de ses décisions en ce qui touche le fond même des affaires sur lesquelles il est appelé à statuer. Nous ne croyons pas qu'aucun tribunal, fût-ce même la Cour de cassation, eût réussi, tout en faisant leur juste part aux exigences de l'intérêt administratif, à protéger plus fermement les droits privés contre les exagérations de cet intérêt dans les questions contentieuses de travaux publics, de voirie, de contributions directes (1). »

Tous ces témoignages ont une valeur incontestable sous la plume d'hommes versés dans les études administratives. Ils répondent victorieusement aux attaques dont le contentieux administratif a été l'objet. Dès lors nous ne nous

(1) Reverchon, article publié dans *le Droit* du 12 mars 1863.

étonnerons pas de voir le conseil d'Etat survivre à tous les projets de loi dont le but primitif était de le détruire ou de le réformer profondément.

Afin de mettre à néant les attaques dirigées contre le défaut d'indépendance des tribunaux administratifs l'inamovibilité a été réclamée pour les conseillers d'Etat et les conseillers de préfecture. Cette thèse a été soutenue par deux écrivains de grande valeur : MM. Macarel et de Cormenin (1).

Nous ne sommes pas partisan de l'inamovibilité conférée aux juges administratifs. Si elle est nécessaire pour les membres des tribunaux de l'ordre judiciaire qui n'ont à statuer que sur des intérêts privés, il en est différemment pour les tribunaux administratifs. Les juges de l'acte administratif seraient les véritables chefs, les seuls chefs de l'administration s'ils étaient inamovibles. Le pouvoir exécutif devrait se soumettre à leurs ordres si peu raisonnables qu'ils fussent, ou entrer perpétuellement en conflit avec eux, conflits sans solution légale, qui pourraient amener une solution extra-légale. La séparation des pouvoirs n'existerait plus le jour où l'autorité exécutive se

(1) Macarel, *Des tribunaux administratifs*. — De Cormenin, *Du conseil d'Etat envisagé comme conseil et comme juridiction dans notre monarchie constitutionnelle*.

trouverait ainsi impuissante en présence de juges administratifs inamovibles, maîtres de l'administration et irresponsables.

La proposition de MM. Macarel et de Cormenin s'explique par l'état des esprits à l'époque où ils écrivaient. Alors la juridiction administrative était vivement combattue; dans le but de la sauver, peut-être aussi, cédant à l'entraînement général, ils demandèrent pour ses représentants l'inamovibilité.

Pour résumer tout ce que nous avons dit sur le contentieux administratif, il nous suffira de citer un fragment du rapport fait par M. Vivien en 1849, lors de la réorganisation du conseil d'Etat. « Dans l'opinion de la commission le contentieux administratif ne saurait en aucune façon être soumis aux tribunaux ordinaires. Les lois et les contrats administratifs appartiennent à un ordre de principes, d'idées et d'intérêts complètement étranger aux juridictions civiles; il faut, pour les appliquer, des connaissances pratiques, des études légales qu'on ne trouverait pas auprès de ces juridictions. Il y aurait danger pour l'administration à la soumettre à des juges qui ne sont pas initiés à ses nécessités, à ses usages, à ses besoins, qui, par devoir, se préoccupent presque exclusivement du droit privé et dont l'invasion dans le domaine administratif aurait bientôt

détruit le principe tutélaire de la séparation des pouvoirs.

« La création de juridictions spéciales répondrait à une partie de ces objections. Des juridictions spéciales pourraient être composées de manière à offrir les garanties de lumière et d'expérience nécessaires au jugement des contestations administratives. Mais, placées en dehors de l'administration, elles seraient exposées à s'en séparer bientôt par l'esprit et les tendances que leur imprimerait l'habitude d'une juridiction indépendante; elles seraient tentées à leur tour d'absorber dans leur autorité celle du gouvernement, et bientôt l'administration tout entière pourrait devenir leur subordonnée pour ne pas dire leur vassale. »

Les adversaires de la juridiction administrative ne se maintinrent pas toujours sur le terrain théorique. Sous la Restauration, la suppression de la juridiction du conseil d'Etat fut réclamée à diverses reprises à la tribune, comme dans la presse.

Dans le cours de l'année 1828, parut dans la *Revue française* (1) un article du duc Victor de Broglie à propos d'un ouvrage récent de M. Ma-

(1) *Revue française*, nov. 1828. *Des tribunaux administratifs*.

carel. On rencontre dans cet article la plupart des arguments qui ont servi depuis aux partisans de la juridiction civile. L'auteur considère que, en conférant l'inamovibilité aux tribunaux administratifs, on leur donnerait une trop grande indépendance. Il n'y a, selon lui, qu'un parti à prendre, c'est de dégager le contentieux administratif proprement dit de tout ce qui n'est pas lui en l'épurant de toutes matières judiciaires. Voici les résultats sommaires auxquels aboutit sa doctrine : toute réclamation élevée contre un acte quelconque du gouvernement statuant de puissance à sujet doit être portée devant le gouvernement lui-même ; par contre, toute question dont la solution se trouve d'avance écrite dans un texte est du ressort des tribunaux. Mais il serait intéressant de savoir ce que le duc de Broglie entendait par ces mots : un acte de gouvernement statuant de puissance à sujet. Est-ce que le gouvernement ne statue pas de puissance à sujet toutes les fois que c'est un intérêt général qui détermine son action ? Et alors la doctrine soutenue dans la *Revue française* aboutit à sacrifier l'intérêt particulier qu'elle prétend sauvegarder, puisqu'elle donne une extension démesurée au gracieux administratif. Il nous semble d'ailleurs que toute la théorie du duc de Broglie repose sur une confusion entre le gracieux et le contentieux : c'est

ainsi qu'il fait rentrer dans le contentieux administratif des actes compris dans le pouvoir discrétionnaire de l'administration (1).

Ce fut également pendant l'année 1828 que M. Gaëtan de la Rochefoucauld demanda à la Chambre des députés de régler par une loi les attributions du conseil d'Etat. Cette proposition, combattue par M. Portalis, fut soutenue par M. Dupin. Durant cette discussion la véritable base du contentieux administratif fut déterminée par M. de Vatimesnil, alors ministre de l'instruction publique. Il débute en prouvant la constitutionnalité du conseil d'Etat et continue en ces termes : « Il me reste à vous parler de la juridiction du conseil d'Etat en matière contentieuse. On attaque cette juridiction; mais l'attaquer, n'est-ce pas attaquer l'existence du pouvoir administratif? Ainsi que je l'ai déjà indiqué, ce pouvoir rend des décisions qui touchent à des intérêts particuliers et qui peuvent les froisser. Tant qu'il n'y a pas de réclamations, l'administration poursuit sa marche sans obstacle; mais si des réclamations surviennent et si ceux qui les forment

(1) L'article du duc de Broglie entraîna une réfutation de la part de M. Henrion de Pansey, et ce fut le premier président de la Cour de cassation qui défendit la juridiction administrative du conseil d'Etat. Cette réfutation a été publiée par M. Cotelle sous ce titre : *Un mot sur le contentieux du conseil d'Etat*.

prétendent les appuyer sur des droits acquis, soit en vertu des lois, soit en vertu de contrats, voilà un litige qui naît entre l'administration et les individus qui se plaignent. Ce litige, qui le décidera? Seront-ce les tribunaux? Il faut distinguer : si la matière est telle que la décision ne puisse entraver et suspendre le cours de l'administration, on doit la renvoyer aux tribunaux. Mais, dans le cas contraire, les tribunaux ne sauraient en connaître; car s'ils en connaissaient, l'administration leur serait soumise, son action serait paralysée, son indépendance serait perdue sans retour. Quelques inconvénients particuliers qui peuvent dériver de la juridiction administrative ne sauraient entrer en balance avec cette grande perturbation de l'ordre social. » C'était parler en homme politique et en jurisconsulte. Ce discours est le meilleur qui ait été prononcé sous la Restauration dans toutes les discussions relatives au conseil d'État.

Enfin en 1829, on proposa de rejeter du budget une allocation de 100,000 francs concernant le conseil d'État. Dans la séance du 8 juin, M. de Cormenin vint défendre le contentieux administratif dans un remarquable discours, où il passait en revue les attributions contentieuses du conseil d'État et les services qu'il avait rendus. Puis le ministre de la justice s'engagea à présenter un

projet de loi pour la session suivante. On préparait en effet une loi sur la réorganisation de la justice administrative quand survint la révolution de juillet 1830.

Cette révolution porta au pouvoir l'un des adversaires les plus en vue du contentieux administratif : le duc de Broglie devint ministre de l'instruction publique et président du conseil d'Etat. Sous son impulsion fut rendue l'ordonnance du 20 août 1830 (1), nommant une commission pour préparer un projet de loi sur la réforme à introduire dans l'organisation et les attributions du conseil d'Etat. Les études de la commission, présidée par le duc de Broglie après la mort de Benjamin Constant, tendirent principalement à savoir si on pouvait sans inconvénient distraire certaines matières du contentieux du conseil d'Etat. Mais, comme ces études pouvaient se prolonger pendant un certain temps, le gouvernement résolut de donner satisfaction à l'opinion publique en accordant de suite quelques réformes. Dans ce but furent rendues les deux ordonnances du 2 février et du 12 mars 1831.

Par l'ordonnance du 2 février étaient établis la publicité des audiences du conseil d'Etat statuant au contentieux et le droit de défense orale.

(1) *Moniteur universel* du 22 août 1830.

L'un des membres du comité de justice administrative devait faire un rapport en assemblée générale du conseil d'Etat : il résumait les faits, les moyens et les conclusions des parties, et soumettait le projet d'ordonnance proposé par le comité. Telles étaient les dispositions contenues dans l'article 2, dispositions trouvées défectueuses par le barreau près le conseil d'Etat, qui présenta à ce sujet des observations. L'ordonnance du 31 mars rapporta la disposition de l'article 2, qui prescrivait la lecture en séance publique du projet d'ordonnance proposé sur chaque affaire par le comité de justice administrative. Nous ferons remarquer que l'ordonnance du 2 février n'était pas applicable aux autorisations de plaider demandées par les communes ou établissements publics, aux demandes en autorisation de poursuivre devant les tribunaux les fonctionnaires publics en raison de leurs fonctions ni aux appels comme d'abus.

Le rapporteur de la commission nommée en 1830 était M. de Vatimesnil. En mars 1833 il déposa un projet intitulé : *Projet de loi sur la compétence et la juridiction en matière de contentieux administratif et sur les fonctions du conseil d'Etat*. Ce projet, qui comprenait 245 articles, avait un vice capital : on n'avait pas cherché à poser un principe, à fixer une ligne de

démarcation bien nette ; c'est une série d'espèces où les principes essentiels de compétence se trouvent mêlés avec la juridiction et l'instruction. Il eût fallu déterminer en première ligne les caractères distincts du gracieux et du contentieux. Ceci posé, on eût déterminé les principes d'après lesquels on devait distinguer le contentieux administratif du contentieux ordinaire, laissant au conseil d'Etat, alors chargé de trancher les conflits d'attributions, le soin d'appliquer les règles générales aux diverses espèces particulières qui pourraient se présenter. Au lieu d'agir ainsi, le législateur de 1833 voulut tout prévoir. De l'emploi de cette méthode analytique résulta un imbroglio, en quelque sorte fatal ; et le projet ne put aboutir à une loi.

Cette tentative n'en est pas moins intéressante pour connaître l'état de l'opinion. Il n'est plus question de supprimer la juridiction administrative ; on veut seulement la fortifier en l'améliorant. Le projet ne détruisait même pas la juridiction contentieuse des préfets, ce qui eût été pourtant l'une des réformes les plus nécessaires.

A cette époque une réaction se produit en faveur de la juridiction administrative. Cette modification dans l'opinion tient à plusieurs causes. L'une des plus importantes est la publicité des audiences du conseil d'Etat organisée par les

deux ordonnances de 1831 (1). Cette publicité, outre qu'elle donnait aux parties une satisfaction sérieuse, a appelé l'attention du public sur la jurisprudence et les traditions du conseil d'Etat, et montré qu'il ne méritait pas les critiques que lui adressaient ses détracteurs. Nous avons vu que ces ordonnances avaient permis aux avocats de joindre des observations orales à leurs mémoires, qu'elles avaient institué un ministère public avec mission de conclure non dans l'intérêt de l'Etat, mais dans l'intérêt de la loi ; et ces deux innovations n'avaient pas peu contribué au revirement qui se produisait dans l'opinion publique.

D'un autre côté, longtemps la juridiction administrative avait été rendue responsable des vices et des rigueurs de certaines parties de la législation qu'elle avait à appliquer. Nous voulons parler de cette législation transitoire et exceptionnelle née des violences de la révolution et des embarras financiers que les troubles du pays et de longues guerres avaient amenés. Ainsi les déchéances établies pour liquider les dettes arriérées de l'Etat qui frappaient sans avertissements préalables des créanciers de bonne foi,

(1) Il a fallu attendre jusqu'en 1862 une réforme semblable pour les conseils de préfecture.

faisaient naître de vives irritations, et ces irritations retombaient sur la juridiction chargée d'appliquer ces déchéances. Il en était de même pour les questions litigieuses sur la validité ou l'interprétation des ventes de biens nationaux, questions qui rallumaient tant de passions à peine éteintes. Mais peu à peu les litiges de cette nature étant épuisés, le contentieux administratif ne s'appliqua plus que d'après une législation normale et fut dès lors moins vivement attaqué (1).

A la suite du projet de M. de Vatimesnil nous en voyons plus d'un échouer avant le jour où fut votée la loi du 1^{er} mars 1845 sur le conseil d'Etat. Mais les rapporteurs de ces différents projets repoussaient l'idée de renvoyer aux tribunaux le contentieux de l'administration en tout ou en partie (2).

En résumé, toutes ces controverses ardentes aboutissent à une loi qui, repoussant toutes les innovations proposées, donne une sanction légale à l'ordre de choses établi. La juridiction administrative et le conseil d'Etat restent intacts, malgré toutes les critiques dont ils ont été l'objet et dont le principal effet a été de fortifier le con-

(1) Aucoc, *le Contentieux administratif*, article paru dans le *Moniteur universel* du 13 août 1864.

(2) Voir notamment le rapport de M. Dalloz à la séance du 10 juin 1840.

tentieux administratif à deux points de vue différents : en démontrant sa nécessité, en lui faisant réaliser de nombreuses améliorations.

La juridiction des conseils de préfecture, étant d'un ordre inférieur, a été moins souvent attaquée que celle du conseil d'Etat, et son existence a été moins menacée. Ainsi, lorsque, en 1851, le conseil d'Etat et la grande commission d'administration intérieure de l'Assemblée nationale étudièrent un projet sur les conseils de préfecture, on se borna à demander de meilleures garanties pour assurer le choix des conseillers, leur indépendance et le bon fonctionnement de l'institution.

En 1865, M. Bethmont présenta un amendement par lequel il demandait la suppression des conseils de préfecture, en transportant leurs attributions contentieuses aux tribunaux civils.

Le rapport de M. Amédée Lefevre-Pontalis concluait à l'adoption de cette proposition ; mais la discussion de ce rapport ne fut jamais mise à l'ordre du jour. Loin de supprimer les conseils de préfecture, l'Assemblée nationale les dota bientôt d'une attribution nouvelle par l'article 8 de la loi du 2 août 1875 sur l'élection des sénateurs.

Comme le conseil d'Etat, le conseil de préfecture conserve donc ses attributions contentieuses, et, après des discussions approfondies, on s'aper-

coit qu'il vaut mieux perfectionner la juridiction administrative que la supprimer.

§ 3. — *Quel est le juge de droit commun en matière contentieuse administrative.*

Nous ne pouvons clore cet examen rapide du contentieux administratif, sans rechercher quel est en cette matière le juge de droit commun. Sur ce point trois opinions se sont fait jour :

Dans un premier système on soutient que les conseils de préfecture sont juges de droit commun en matière contentieuse administrative. Les partisans de ce système citent à l'appui de leur opinion les paroles prononcées par le rapporteur de la loi de l'an VIII. Il est vrai que, si l'on s'en tenait au rapport de Roederer, on devrait décider que tout le contentieux administratif a été remis, sauf exception, entre les mains des conseils de préfecture. Mais il est quelque chose qui a plus de valeur encore que l'exposé des motifs : c'est le texte même de la loi ; c'est l'article 4. Cet article, loin de donner une compétence générale aux conseils de préfecture, la leur refuse au moins implicitement. Procédant par voie d'énumération, l'article 4 est par là même restrictif : la solution des cas qu'il ne prévoit pas appartient nécessairement à une autre autorité administrative.

Un second argument est invoqué en faveur de la compétence générale des conseils de préfecture. Cet argument s'appuie sur les termes d'un décret, rendu, il est vrai, à l'occasion d'une affaire particulière, mais qui a été inséré au *Bulletin des lois*. Le conseil d'État, par ce décret, annulait un arrêté préfectoral pour cause d'incompétence et renvoyait les parties devant le conseil de préfecture. Le motif invoqué est ainsi conçu : « Considérant que, d'après la loi du 28 pluviôse an VIII et autres lois postérieures, le préfet est seul chargé de l'administration et que dès lors il doit seul statuer sur toutes les matières qui sont purement d'administration, mais que les conseils de préfecture sont institués pour prononcer sur toutes les matières contentieuses administratives ; qu'ainsi la compétence de chacune de ces deux autorités doit se déterminer d'après la nature ou contentieuse ou purement administrative de la question proposée. » Ce décret semble, *a priori*, reconnaître que les conseils de préfecture sont juges de droit commun en matière contentieuse ; mais, pour bien saisir sa portée, il ne faut pas oublier dans quelle circonstance il a été rendu. Le décret n'examine les attributions des conseils de préfecture que dans leurs rapports avec celle des préfets, et, dans cet examen, s'inspirant de l'esprit de la loi de l'an VIII, il laisse aux préfets

la partie active et réserve aux conseils de préfecture la partie contentieuse. Il ne faut donc pas invoquer ce décret lorsqu'il s'agit de trancher d'une manière générale la question de compétence entre les diverses juridictions administratives. Cette question, le conseil d'Etat n'a pas eu à s'en préoccuper dans l'espèce ; elle reste donc tout entière, et rien ne vient atténuer l'argument décisif que nous fournit l'article 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII.

Il reste cependant une dernière ressource à ceux qui considèrent le conseil de préfecture comme juge de droit commun : ils peuvent invoquer le rapport soumis à l'Assemblée législative, en 1851, par M. de Larcy. Nous savons que, aux termes du projet de loi, le conseil de préfecture devait prononcer sur toutes les matières du contentieux administratif non déférées par les lois à une autre autorité administrative ; le rapporteur ajoutait qu'en décidant ainsi, on ne faisait que généraliser d'une façon complète le principe déjà proclamé par la législation tout entière. Comme l'Assemblée législative n'a pas eu à se prononcer sur le rapport de M. de Larcy, les idées contenues dans ce rapport n'ont d'autre autorité que celle qu'elles empruntent à la personne du rapporteur. Dans ces conditions, nous répondrons à M. de Larcy en citant un passage du rapport de M. Bou-

latignier dont la compétence en ces matières est au moins aussi indiscutable. Voici comment il s'exprimait : « Il ne faut pas tirer, du décret du 6 décembre 1813 et des décisions analogues qu'on peut rencontrer dans la jurisprudence du conseil d'Etat, des conséquences qui dépassent leur véritable portée. Jamais, dans le conseil d'Etat, la loi du 28 pluviôse n'a été entendue en ce sens que les conseils de préfecture fussent constitués, d'une manière générale, juges du contentieux administratif en première instance, de telle sorte que, s'il s'élève un litige à l'occasion d'un acte de l'autorité municipale ou préfectorale, la connaissance de ce litige leur appartienne, à moins qu'elle n'ait été spécialement attribuée à une autre autorité. Au contraire, dans la pratique, on a toujours tenu pour maxime certaine que les conseils de préfecture n'avaient que des attributions spéciales et déterminées, et que, en dehors des cas dont la connaissance leur était expressément réservée, il y avait lieu, dans le silence de la loi et par application des principes généraux sur l'organisation administrative, de soumettre au préfet les litiges qui peuvent naître des réclamations contre des actes faits par les administrations municipales, et aux ministres, — chacun selon ses attributions, — les litiges qui résulteraient de réclamations contre les actes des préfets. » Après cette

citation, il nous paraît que le débat est clos en ce qui concerne les conseils de préfecture (1) et qu'il est impossible de leur reconnaître la juridiction de droit commun sans méconnaître le sens si évidemment restrictif de l'art. 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII. La doctrine émise par M. Boulatignier a d'ailleurs été consacrée d'une façon formelle par un arrêt du conseil d'Etat du 17 mai 1851 (Doumas).

Une seconde opinion a été soutenue avec beaucoup de talent par MM. Bouchené-Lefer et Quentin-Bauchart, qui appartinrent l'un et l'autre au conseil d'Etat. D'après eux, le tribunal ordinaire du premier degré en matière administrative serait le conseil d'Etat. Cette théorie a été émise pour la première fois dans une série d'articles de M. Bouchené-Lefer, publiés en 1863 par la *Revue pratique de droit français* (2). Elle a été reprise et développée avec une grande vigueur d'argumentation par M. Quentin-Bauchart (3) en

(1) M. Dufour qui, dans la première édition de son *Traité de droit administratif*, avait admis la compétence générale des conseils de préfecture, s'est rallié à la théorie de M. Boulatignier. Parmi les auteurs nous ne connaissons qu'un seul partisan du système que nous avons combattu : Foucart, *Eléments de droit public et administratif*, t. III, p. 347.

(2) Numéros des 15 avril et 1^{er} mai 1863, 15 mai 1864.

(3) *Etude sur la juridiction administrative. Revue critique de législation*, 1870, XXXVII, p. 140.

1870. Voyons comment raisonnent ces deux écrivains.

La constitution du 22 frimaire an VIII confiait au conseil d'Etat le pouvoir de résoudre les difficultés qui s'élèvent en matière administrative. Un arrêté des consuls du 5 nivôse an VIII vint développer cette disposition : l'art. 11 porte que le conseil d'Etat prononce sur les conflits qui peuvent s'élever entre l'administration et les tribunaux, et sur les affaires contentieuses dont la décision était précédemment remise aux ministres. Dès lors, dit-on, rien n'est plus clair : les ministres sont laissés à leur rôle d'administrateurs ; ils cessent d'être juges, et les fonctions qu'ils exerçaient précédemment en cette qualité sont transférées au conseil d'Etat.

On invoque également dans ce système les paroles prononcées par le conseiller d'Etat Roederer en présentant au Corps législatif la loi du 28 pluviôse an VIII (1). Le rapporteur distingue en effet d'une façon formelle l'administration proprement dite et le jugement du contentieux. Attribuer le contentieux administratif aux ministres serait violer le principe posé. La conclusion de MM. Bouchené-Lefer et Quentin-Bauchart est que les ministres agissent seulement par voie d'auto-

(1) *Moniteur* du 19 pluviôse.

rité et que leurs actes n'ont jamais le caractère d'actes de juridiction. Ainsi, lorsque les ministres prononcent sur des réclamations relatives soit aux travaux publics, soit à des fournitures faites à l'Etat, leur déclaration ne vaut que comme une manifestation des prétentions de l'Etat, et le juge, si un litige s'engage, est le conseil de préfecture dans le premier cas, le conseil d'Etat dans le second cas.

Le système que nous venons de développer peut donc se résumer ainsi : à défaut d'attribution donnée au conseil de préfecture, la matière est restée dans la compétence des ministres, jusqu'à l'arrêté du 5 nivôse an VIII, qui a transporté la connaissance de toutes ces matières au conseil d'Etat.

Nous avons établi que les conseils de préfecture étaient juges d'exception ; dès lors la question n'est plus débattue qu'entre le conseil d'Etat et les ministres. En nous attachant à développer et à prouver le système qui accorde aux ministres la juridiction de droit commun, nous serons amené à réfuter la théorie de M. Bouchené-Lefer.

Les ministres forment le tribunal ordinaire de première instance, parce que, si la constitution de l'an VIII leur a enlevé la juridiction souveraine qu'ils possédaient alors, elle ne leur a pas retiré la qualité de juges du premier degré, sauf

appel au conseil d'Etat. L'argument qu'on prétend tirer des paroles de Roederer n'a aucune valeur, puisque, dans la loi même du 28 pluviôse an VIII, on n'a pas mis en pratique la remarquable théorie contenue dans l'exposé des motifs.

La jurisprudence du conseil d'Etat a reconnu la juridiction ministérielle par de nombreux arrêts (1), où il est dit que le ministre compétent statue en première instance. Un avis rendu par ce conseil le 16 thermidor an XII est ainsi conçu : « Les administrateurs auxquels les lois ont attribué, pour les matières qui y sont désignées, le droit de prononcer sur des réclamations ou de décerner des contraintes, sont de véritables juges dont les actes doivent produire les mêmes effets et obtenir la même exécution que ceux des tribunaux. » Il nous semble même que le conseil d'Etat a étendu trop volontiers la compétence ministérielle, et que plus d'une fois il a considéré comme jugements des décisions prises par le ministre comme administrateur, et où ne se rencontraient pas les éléments d'un véritable litige. Il n'en est pas moins certain que les ministres ont des attributions contentieuses (2), qu'il

(1) Ordonnance du 26 février 1817 (Tabaret); ordonnance du 22 août 1839 (héritiers Gublain); ordonnance du 28 mai 1838 (Chevrier).

(2) Nous pourrions presque dire que, sur ce point, les au-

est des cas où ils doivent statuer dans le délai et les formes des affaires contentieuses, et où leur décision est un véritable jugement en premier ressort, qui ne peut être suppléé ; cette décision, lorsque les délais d'appel sont expirés, acquiert force de chose jugée et devient définitive.

La législation elle-même a déferé aux ministres le jugement de certaines affaires contentieuses. Nous avons déjà indiqué la loi du 10 juillet 1850, approuvant une convention relative à l'exploitation du service postal de la Méditerranée. Citons encore la loi du 18 juillet 1860 sur l'émigration : cette loi donne au ministre de l'agriculture et du commerce le droit de régler les indemnités dues aux émigrants par les agences d'émigration, quand celles-ci n'ont pas rempli, depuis le départ du navire, leurs engagements envers les émigrants. De même, l'art. 18 de l'arrêté du 6 germinal an VIII porte que les liquidations des prises faites concurremment par les bâtiments de l'État et des corsaires, ainsi que les contestations qui pourraient s'élever sur la part revenant à chacun, seraient jugées par le ministre de la marine.

teurs sont unanimes. Voir notamment : Macarel, *Tribunaux administr.*, p. 128 ; Ducrocq, *Cours de droit administr.*, t. I, p. 150 ; Batbie, *Traité de droit public et adm.*, n° 53 ; Chauveau, *Principes de compétence*, t. I, p. 354 ; Serrigny, t. III, p. 174 ; Aucoc, *Conférences*, t. I, n° 323.

CHAPITRE III

RÈGLES DESTINÉES A ASSURER L'INDÉPENDANCE DES DEUX AUTORITÉS.

Nous avons indiqué quels étaient les textes fondamentaux destinés à assurer la séparation des deux autorités administrative et judiciaire, ou plutôt à protéger l'administration contre les empiètements de l'autorité judiciaire. Comme conséquence, on dut créer des tribunaux administratifs destinés à trancher les contestations résultant des actes de l'administration. La création de ces tribunaux n'était pas suffisante pour assurer, d'une manière définitive, l'indépendance de l'administration. On pouvait craindre que l'autorité judiciaire ne tendît à empiéter sur les attributions des tribunaux administratifs, crainte d'autant plus justifiée qu'il est souvent difficile de fixer le caractère des litiges, et, par suite, de décider quelle est l'autorité compétente. Dans le but de remédier à ce danger, le législateur a établi trois règles que nous allons étudier.

La première règle consiste dans la défense formelle faite à l'autorité judiciaire de connaître des actes d'administration. En second lieu venait

l'art. 75 de la constitution de l'an VIII, qui exigeait une autorisation préalable donnée par décret rendu en conseil d'État pour pouvoir poursuivre les administrateurs devant les tribunaux ordinaires, à raison des faits relatifs à leurs fonctions ; cet article ayant été abrogé , nous rechercherons quelle est la situation faite par son abrogation aux fonctionnaires de l'ordre administratif. La troisième règle consiste dans la faculté pour l'autorité administrative d'arrêter l'action des tribunaux en revendiquant la connaissance de l'affaire, lorsqu'elle estime que cette affaire est de la compétence administrative : il s'agit là du conflit d'attributions.

SECTION I. — *Défense faite aux tribunaux de connaître des actes administratifs.*

L'invasion de l'autorité judiciaire dans le domaine de l'autorité administrative est prévue et réprimée par l'art. 127 du Code pénal. D'après le § 2 de cet article, sont coupables de forfaiture et punis de la dégradation civique les magistrats qui auraient excédé leur pouvoir en s'immisçant dans les matières attribuées aux autorités administratives, soit en faisant des règlements sur ces matières, soit en défendant d'exécuter les ordres émanés de l'administration, ou qui, ayant permis

ou ordonné de citer des administrateurs pour raison de l'exercice de leurs fonctions, auraient persisté dans l'exécution de leurs jugements ou ordonnances, nonobstant l'annulation qui en aurait été prononcée ou le conflit qui leur aurait été notifié. L'art. 128 porte qu'une amende sera prononcée contre les juges qui auront procédé au jugement d'une affaire revendiquée par l'autorité administrative avant la décision de l'autorité supérieure.

Ici, nous rencontrons une certaine réciprocité, et la même section du Code pénal prévoit les empiétements de l'autorité administrative sur l'autorité judiciaire. D'après l'art. 130, les administrateurs qui auraient pris des arrêtés généraux tendant à intimor des ordres ou des défenses quelconques à des cours et tribunaux, seraient passibles de la dégradation civique. S'ils ont décidé des affaires rentrant dans la compétence de l'autorité judiciaire, malgré la réclamation des parties, et avant que l'autorité supérieure ait prononcé, ils sont punis d'une amende, conformément à l'art. 131 (1).

La sanction prononcée par l'art. 127 contre les magistrats, et par l'art. 130 en ce qui concerne

(1) Les amendes prévues dans les art. 128 et 131 sont de 16 francs au moins, de 150 francs au plus.

les administrateurs, manquera le plus souvent d'efficacité. Pour que les peines prononcées par ces articles puissent être appliquées, il faut que l'usurpation de pouvoir ait été accomplie avec intention ; par conséquent, ces textes ne protègent pas l'une des deux autorités contre les empiétements de l'autre lorsqu'ils sont commis par erreur ou par ignorance. Mais, si le principe n'a pas toujours en pratique une sanction efficace, il n'en est pas moins intéressant d'examiner quelle est en théorie sa portée réelle.

Pour cela, il faut fixer d'abord la nature des actes administratifs : ce sont tantôt des actes spéciaux ou individuels, tantôt des actes réglementaires. Les actes spéciaux s'appliquent à certains objets ou à certaines personnes déterminées, tandis que les actes réglementaires sont ceux au moyen desquels l'autorité administrative, en vertu d'une délégation légale, complète l'œuvre du législateur en formulant les règles à suivre sur des points de détail n'ayant pas été réglés. Les actes réglementaires ont pris le nom tantôt d'ordonnances, tantôt de décrets. Ils ne peuvent établir aucune peine (1), à moins que le législateur

(1) Arrêt du 27 janvier 1826. Il en est différemment des règlements antérieurs à 1789 ; car ils émanent d'une autorité qui réunissait dans ses mains le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif.

n'ait délégué ce pouvoir à l'administration. Il n'est pas nécessaire que la délégation soit expresse; elle peut résulter implicitement de la loi. C'est ainsi que la loi du 27 juillet 1822, dans son article, décidait que des ordonnances détermineraient les bureaux de douane par lesquels il serait permis d'introduire les bestiaux au minimum des droits, lorsque les droits seraient différents pour une même espèce. Ces ordonnances devaient prescrire également les moyens d'ordre et de police jugés nécessaires pour empêcher la fraude que pourraient favoriser les établissements ruraux situés dans la demi-lieue de la frontière la plus rapprochée de l'étranger. Conformément à cette loi, une ordonnance du 28 juillet 1822 assujettit les détenteurs de bœufs et de vaches, habitant à une demi-lieue de la frontière, à déclarer le nombre de têtes qu'ils avaient dans leurs étables; elle édictait la peine du double droit contre ceux qui seraient surpris avec un excédent. Un juge de police et, après lui, un tribunal refusèrent d'appliquer la peine parce qu'elle était établie par une ordonnance. L'administration s'étant pourvue devant la Cour suprême, la cassation fut prononcée par un arrêt du 12 août 1835. La cour conclut, de la généralité des expressions de l'art. 10 de la loi de 1822, que le législateur avait voulu que ces règlements fussent le complé-

ment de la loi elle même. Le roi avait pu, par conséquent, en assurer l'exécution par une sanction pénale, sans laquelle les lois et les ordonnances rendues pour son exécution demeureraient toujours sans effet. Les lois du 28 avril 1816 et du 24 juillet 1867, relatives à l'établissement des octrois, contiennent une semblable délégation.

Les règlements faits en vertu d'une disposition légale sont préparés par le ministre compétent, puis soumis au conseil d'État réuni en assemblée générale; ils prennent alors le nom de règlements d'administration publique (1). Quant au règlement non prévu par la loi, c'est un acte fait en vertu des pouvoirs généraux conféré par la constitution au chef de l'État (2). Il est régulièrement rendu quand il intervient sur la proposition du ministre qui le contresigne. L'avis du conseil d'État n'est pas obligatoire, mais, parfois, à raison de l'importance du règlement, il est élaboré au conseil d'État.

Devant l'autorité administrative le recours contre un acte administratif est ouvert soit par la voie gracieuse, soit par la voie contentieuse; nous ne nous occuperons que de cette dernière.

Deux voies de recours sont ouvertes : le recours

(1) Décret du 21 août 1872, art. 5.

(2) Charte de 1814, art. 14; charte de 1830, art. 13; constitution de 1852, art. 6.

par la voie contentieuse proprement dite et le recours pour excès de pouvoir. Il existe entre eux une différence fondamentale : lorsqu'on recourt par la voie contentieuse, on tend à obtenir soit la modification de la décision attaquée, soit même la substitution d'une autre décision à la première; au contraire, dans le recours pour excès de pouvoir, on poursuit une annulation pure et simple, une sorte de *restitutio in integrum*.

Lorsqu'il s'agit de décrets réglementaires, ils ne peuvent être attaqués par la voie contentieuse que pour cause d'excès de pouvoir. Si, au contraire, il s'agit de décrets spéciaux ou individuels, ils peuvent être attaqués par la voie contentieuse proprement dite. Mais pour qu'on puisse attaquer l'acte, il ne suffit pas qu'il nous froisse dans nos intérêts, il faut qu'il y ait un droit lésé; ce droit ne peut naître que d'une loi, d'un règlement ou d'une convention : nous citerons la loi sur les pensions, les règlements sur l'alignement, les contrats passés entre un particulier et l'État considéré comme personne publique. Ajoutons que l'acte individuel, comme l'acte réglementaire, peut être attaqué pour excès de pouvoir.

La théorie qui régit l'excès de pouvoir mérite d'attirer l'attention, car ce recours se rencontre constamment dans les rapports entre les particu-

liers et le pouvoir exécutif ou ses agents. Le conseil d'État n'a pas créé cette voie de recours ; il l'a trouvée, au moins en germe, dans la loi des 7-14 octobre 1790, art. 3. Cette loi fut rendue au sujet d'une difficulté où le conseil de district de Gray avait excédé ses pouvoirs. Elle ne prévoyait que le cas d'incompétence et confiait au chef de l'État le pouvoir de juger les réclamations qui s'élèveraient dans ce sens à l'égard des corps administratifs. Le conseil d'État s'est approprié ce texte, l'a étendu, a déterminé les règles de procédure à suivre et les conditions suivant lesquelles le recours pour excès de pouvoir doit s'exercer. La jurisprudence a été confirmée par l'art. 9 de la loi du 24 mai 1872, qui est le premier texte sur la matière. Cet article est ainsi conçu : « Le conseil d'État statue souverainement sur les recours en matière contentieuse et administrative et sur les demandes d'annulation pour excès de pouvoir formées contre les actes des diverses autorités administratives. » C'est purement et simplement la confirmation de la jurisprudence du conseil d'État, jurisprudence qu'il convient d'analyser.

L'excès de pouvoir peut se produire sous trois formes : 1^o incompétence proprement dite ; 2^o omission des formalités substantielles ; 3^o détournement de pouvoirs.

Il y a incompétence lorsqu'une autorité administrative a usurpé sur les fonctions d'une autre autorité : c'est un préfet qui fixe la direction des chemins vicinaux de grande communication, empiétant ainsi sur les attributions du conseil général ; c'est un conseil de revision qui tranche une question d'âge ou de domicile, question rentrant dans le domaine de l'autorité judiciaire.

L'excès de pouvoir existe encore en cas d'irrégularité matérielle ; ce qui aurait lieu si un préfet inscrivait une dépense d'office au budget communal sans avoir mis le conseil municipal en demeure de voter cette dépense. Il y aurait également excès de pouvoir si, en matière d'expropriation, le décret déclaratif d'utilité publique n'était pas précédé d'une enquête *de commodo et incommodo* destinée à éclairer le chef de l'Etat sur l'utilité du travail projeté.

Le détournement de pouvoirs a lieu toutes les fois que l'autorité administrative a usé de son pouvoir dans un autre but que celui pour lequel ce pouvoir lui avait été donné. Quelques applications feront mieux comprendre qu'une définition ce qu'on entend par détournement de pouvoirs. Toutes les fois qu'on construit sur le bord d'une rue, on doit demander au maire le bornage ; si l'arrêté municipal, au lieu de fixer un alignement

exact, oblige à reculer, il est entaché d'excès de pouvoir : le maire n'a pas donné un alignement ; il a fait, et sans droit, une véritable expropriation. Le préfet peut ordonner, pour des travaux de voirie, l'occupation temporaire d'un terrain ; si, usant de ce droit, un préfet ordonne l'occupation d'un terrain sur lequel on veut ouvrir un chemin, c'est une expropriation : il commet un excès de pouvoir.

L'excès de pouvoir peut-il avoir lieu pour violation de la loi ? La loi du 16 septembre 1807, dans son art. 17, a admis qu'on pouvait se pourvoir au conseil d'État contre les arrêts de la cour des comptes pour violation de la loi. De même, la loi du 27 juillet 1872, relative au recrutement de l'armée, décide qu'un recours contre les décisions des conseils de revision est ouvert pour violation de la loi ; mais le ministre de la guerre peut seul agir (1).

Ces textes semblent bien impliquer une distinction entre l'excès de pouvoir et la violation de la loi. La même distinction se retrouve dans l'art. 88 de la loi du 10 août 1871, aux termes de laquelle les décisions prises par la commission départementale peuvent être déférées au conseil

(1) Ce recours a lieu dans l'intérêt de la loi ; toutefois l'annulation profite aux parties lésées, art. 30 de la loi du 27 juillet 1872.

d'État, statuant au contentieux, pour cause d'excès de pouvoir ou de violation de la loi, ou d'un règlement d'administration publique. La jurisprudence du conseil d'État ne fait pas rentrer, en général, la violation de la loi dans l'excès de pouvoir ; sa doctrine est conforme aux lois que nous venons de citer. Parfois, cependant, le conseil d'État a rendu des décisions en sens contraire : c'est ainsi qu'il a annulé, comme rendus en dehors des cas prévus par la loi, des décrets portant suppression de la croix d'honneur.

Le recours pour excès de pouvoir, étant une voie de recours extraordinaire, ne peut être admis qu'à défaut de tout autre recours par la voie contentieuse. Cette règle a été appliquée rigoureusement par le conseil d'État. En étendant son contrôle, il tenait, sans doute, à ce qu'on ne pût lui adresser le reproche de constituer une juridiction universelle. Un arrêté du préfet, fixant la taxe de stationnement des voitures sur la voie publique, fut attaqué pour excès de pouvoir devant le conseil d'État. Ce pourvoi fut écarté, parce qu'une autre voie était ouverte aux plaignants ; ils pouvaient refuser de payer la taxe et se laisser poursuivre devant les tribunaux de l'ordre judiciaire compétents en matière de contributions indirectes (1).

(1) Arrêt du 19 mai 1865.

Quand le conseil d'État admet le pourvoi formé pour excès de pouvoir, son arrêt n'a-t-il qu'un effet relatif ou produit-il un effet absolu? Nous distinguerons : si l'acte attaqué est indivisible dans ses effets, l'arrêt l'annule d'une façon absolue; sinon, on applique la règle : *res inter alios judicata aliis neque nocere neque prodesse potest*.

Nous venons d'établir au moyen de quel mode le conseil d'État a pu étendre son contrôle sur l'administration tout entière; il nous reste à voir dans quels cas le recours est admis contre les actes administratifs.

Lorsque l'acte émané de l'autorité exécutive est l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire qui lui est confié, c'est un acte de pure administration qui ne peut donner lieu à un recours par la voie contentieuse. Un arrêté par lequel le ministre chargé de la police, usant des pouvoirs qui lui sont conférés par l'art. 7 de la loi du 3 décembre 1849, prononce l'expulsion d'un étranger hors de France, constitue une mesure de police et d'ordre public prise dans la limite de ses attributions et qui ne peut être déférée au conseil d'État par la voie contentieuse (1). Toutefois, l'omission ou la violation des formes établies par les lois et les règlements suffit, en général, pour faire passer un

(1) Décret du 8 décembre 1853 (De Solms).

acte de pure administration dans la classe des actes qui donnent ouverture à la voie contentieuse. Ces formes, en effet, sont des garanties données aux administrés ; lorsqu'elles sont omises ou violées, il y a un droit lésé.

La jurisprudence du conseil d'État écarte le recours par la voie contentieuse lorsqu'il s'agit d'un acte politique ou gouvernemental. Doit-on considérer seulement comme actes politiques les actes faits en vertu des lois constitutionnelles ? Faut-il aussi considérer comme tels les actes que fait le gouvernement en dehors de ses pouvoirs, toutes les fois qu'une pensée politique les inspire ? La jurisprudence considère comme actes politiques tous ceux qui sont inspirés par une idée politique. C'est en ce sens qu'a été rendu, d'après un avis conforme du conseil d'État, le décret du 18 juin 1852, confirmant l'arrêté de conflit pris par le préfet de la Seine le 28 avril 1852 et décidant que le décret qui restituait au domaine de l'État les biens qui avaient fait l'objet de la donation du 7 août 1830 était un acte politique et de gouvernement, dont l'exécution et les effets ne pouvaient être soumis à l'appréciation de l'autorité judiciaire. Cette doctrine a eu de l'écho dans la jurisprudence même des tribunaux : la cour de Paris, dans un arrêt du 29 janvier 1876 relatif à l'expulsion du prince Napoléon, se prononça dans

le même sens. D'après cet arrêt, l'arrêté par lequel le ministre de l'intérieur a prescrit de reconduire immédiatement à la frontière un citoyen dont la présence en France pouvait, à raison des circonstances, devenir une occasion de troubles, constitue un acte de gouvernement dont la légalité échappe à l'appréciation de l'autorité judiciaire.

On ne saurait trop combattre cette jurisprudence du conseil d'État en cette matière. Si malheureusement elle s'acclimatait dans notre pays, aucun citoyen ne serait à l'abri de l'arbitraire du gouvernement. Lorsqu'un acte de l'autorité exécutive est entaché d'excès de pouvoir, est-il admissible que celui qui est atteint ne puisse trouver des juges, par cela seul que l'acte a été fait dans un but politique ?

Le décret du 22 janvier 1852 annulait la donation du 7 août 1830, parce qu'il la considérait comme frauduleuse. C'était là une question tout au moins douteuse. Dès lors, l'autorité compétente était l'autorité judiciaire, seule chargée de prononcer la validité ou la nullité des donations.

En ce qui concerne l'arrêt du 29 janvier 1876, la cour devait, en effet, se déclarer incompétente, car il s'agissait d'un acte administratif. Mais, comme cet acte était illégal, c'est au conseil d'État qu'il appartenait de l'annuler.

En résumé, un acte inspiré par des raisons politiques est politique, en ce sens qu'il tombe sous le contrôle des Chambres ; mais il est inadmissible que l'acte puisse produire des effets juridiques dont la connaissance échapperait aux tribunaux, ou, encore, qu'un acte émané d'un ministre, parce qu'il est politique, puisse acquérir la valeur d'une loi. Une pareille doctrine serait la négation du principe de la séparation des pouvoirs. La constitution deviendrait lettre morte. Les droits qui forment la base de toute société, au premier rang desquels se placent la propriété et la liberté individuelle, seraient à la merci du gouvernement.

Nous n'entendons pas nier pour cela l'existence de l'acte politique, gouvernemental et souverain. Mais on ne doit considérer comme tels que ceux qui rentrent dans les limites de la délégation constitutionnelle faite au chef du pouvoir exécutif. Quant aux autres actes, illégalement rendus, ils restent illégaux alors même qu'une idée politique les aura inspirés. Toutefois, le tribunal n'aura jamais à les annuler ; il statuera seulement sur les actions possessoires, sur les demandes en indemnité ou en revendication qu'ils pourront faire naître (1).

(1) Aucoc, liv. c., I, p. 38.

Les réclamations auxquelles peuvent donner lieu les concessions de territoire et l'exécution de traités diplomatiques, constituent des questions de gouvernement qui ne peuvent être portées devant le conseil d'Etat statuant au contentieux, d'après le décret du 31 décembre 1861 (1). Le conseil d'État s'était déjà prononcé dans le même sens par deux décisions relatives à des dotations impériales réclamées conformément aux stipulations des traités de 1814.

D'un autre côté, la Cour de cassation, par un arrêt du 11 août 1841, décida que les traités internationaux légalement stipulés, reçus et publiés, avaient le caractère de lois, et, en conséquence, ne pouvaient être interprétés et appliqués que par les autorités chargées d'appliquer les lois.

On a cru qu'il y avait divergence entre la jurisprudence du conseil d'État et celle de la Cour de cassation (2). Adopter cette opinion serait commettre une confusion : il faut distinguer entre les effets politiques et les effets civils des traités. Comme actes politiques, les traités ne relèvent que du pouvoir discrétionnaire ; aussi le conseil d'État décide-t-il, dans les arrêts précités, qu'il

(1) Affaire Corso.

(2) Ordonnance du 5 décembre 1838 (duchesse de Saint-Leu). — Ordonnance du 22 août 1844 confirmant un conflit élevé devant le tribunal de la Seine (prince Louis-Napoléon).

ne saurait en être saisi par la voie contentieuse. Mais quant aux conséquences découlant des stipulations insérées dans les traités pour les droits individuels et civils des citoyens, la contestation ne touche en rien aux relations internationales. D'un autre côté, on ne peut pas dire qu'il y a là un acte administratif; le conseil d'État le reconnaît. Qui donc, alors, pourrait déterminer les effets de ces traités, sinon les tribunaux de l'ordre judiciaire?

On range aussi parmi les décrets gouvernementaux ceux qui sont relatifs aux faits de guerre et les décrets portant collation des titres de noblesse. Enfin, le conseil d'État a jugé que les décisions de la commission des grades dans l'armée n'étaient pas susceptibles d'être attaquées par la voie contentieuse. L'arrêt du 15 novembre 1872 (2) se base sur ce que la commission statue souverainement, conformément à l'art. 3 de la loi du 8 août 1871.

C'est donc aux tribunaux administratifs seuls qu'il appartient de réformer ou d'annuler les actes de l'administration. En présence d'un acte administratif, l'autorité judiciaire doit-elle se déclarer incompétente? Peut-elle, au contraire, inter-

(1) Trolley, *Cours de droit administratif*, I, p. 161.

(2) Affaire de Carrey de Bellemare.

prêter cet acte ? Comme il est facile d'altérer le sens d'un acte, sous prétexte de l'interpréter, l'autorité judiciaire ne peut pas, en principe, interpréter les actes administratifs.

Néanmoins, dans certains cas, la loi autorise formellement les tribunaux à examiner les actes de l'administration et à se prononcer sur leur légalité, ce qui a lieu, par exemple, en matière d'expropriation, d'après l'art. 14 de la loi du 3 mai 1841.

L'autorité judiciaire a également le droit d'apprécier la légalité des actes réglementaires. Il y a sur ce sens un texte formel : c'est l'art. 471, n° 15, du Code pénal, qui frappe des peines de simple police la contravention aux règlements légalement pris par l'autorité administrative. N'est ce pas indiquer clairement que les tribunaux ont le droit d'apprécier la légalité du règlement ? Ce droit ne doit pas être restreint aux conséquences pénales du règlement ; il doit s'appliquer aussi, alors même qu'il s'agit d'en déduire des conséquences civiles. L'art. 471 du Code pénal, en effet, a constaté une règle préexistante, conforme aux vrais principes qui régissent la matière et qu'on pourrait formuler ainsi : tout règlement légalement rendu produit les mêmes effets qu'une loi.

Il a toujours été admis par la jurisprudence

que, en présence d'une ordonnance inconstitutionnelle, les parties lésées pouvaient opposer la force d'inertie en se refusant à son exécution. Si, sur ce refus, elles étaient traduites devant les tribunaux, les juges examinaient si l'ordonnance était viciée de l'excès de pouvoir qu'on lui reprochait ; et, en cas d'affirmative, ils se refusaient à lui prêter le secours du pouvoir judiciaire et renvoyaient impunis les prétendus délinquants. Les magistrats, en agissant ainsi, ne se mettent pas en contradiction avec la loi qui leur défend de connaître des actes administratifs : ils ne réforment pas l'ordonnance inconstitutionnelle ; ils s'abstiennent seulement de lui prêter leur concours. Ces droits d'examen et de refus de concours sont formellement reconnus à l'autorité judiciaire par l'art. 471 (1).

Il en est différemment des décrets inconstitutionnels rendus sous le Consulat et l'Empire. La jurisprudence les a toujours considérés comme passés en force de constitutionnalité lorsqu'ils n'avaient pas été annulés par le Sénat, conformément à la constitution du 22 frimaire an VIII. En effet, cette constitution établissait un sénat conservateur chargé d'annuler les actes qui violeraient la constitution ; ces actes devaient lui être

(1) De nombreux arrêts se sont prononcés en ce sens.

déférés par le Tribunal. On avait objecté, à l'encontre de cette jurisprudence, que, à dater du 19 août 1807, époque de la suppression du Tribunal, il n'existait plus d'autorité pour déférer les actes du gouvernement à la censure du Sénat conservateur. A cela la Cour de cassation fit observer que le Sénat lui-même était autorisé à prononcer d'office l'inconstitutionnalité de l'acte, et que chaque citoyen avait le droit de la signaler par des pétitions. Elle maintint donc sa jurisprudence (1).

Toutefois, il y a un tempérament à cette jurisprudence. Par un arrêt des chambres réunies du 13 mars 1832, la Cour de cassation a déclaré que le décret du 12 février 1814, rendu par l'impératrice Marie-Louise, régente, lequel prescrivait, sous peine de nullité, certaines formalités à observer pour la publication des actes de sociétés commerciales, n'avait point force de loi en ce qu'il excédait les bornes du pouvoir exécutif délégué à Marie-Louise et statuait sur un objet du domaine de la puissance législative. L'arrêt ajoute que, si les décrets rendus par l'empereur sur des matières législatives sont réputés avoir force de loi lorsqu'ils n'ont pas été annulés ou attaqués constitutionnellement pour excès de pouvoir, ce principe,

(1) Arr. 4 août 1827, 4 avril et 25 mai 1829.

consacré par la jurisprudence, ne saurait être étendu aux décrets rendus par l'impératrice Marie-Louise pendant sa régence, au delà des termes des pouvoirs à elle délégués par des lettres patentes qui lui conféraient la régence (1).

Mais dans les divers cas où les tribunaux se trouvent en présence d'un acte réglementaire illégalement rendu, ils doivent se borner à refuser leur concours, sans jamais annuler cet acte.

L'acte réglementaire, étant le complément de la loi, peut être interprété comme elle par les tribunaux de l'ordre judiciaire. Nous avons déjà dit qu'il en était différemment pour les actes spéciaux. Quand ceux-ci offrent des difficultés d'interprétation, l'autorité judiciaire doit surseoir à statuer quant au fond, et renvoyer les parties à se pourvoir administrativement pour faire interpréter l'acte. Toutefois, les tribunaux ne sont pas obligés de s'abstenir par cela seul que l'une des parties prétend que le sens d'un acte administratif produit en justice est obscur ou équivoque. Si, malgré cette allégation, l'acte paraît clair et précis aux tribunaux, ils peuvent passer outre au

(1) Dès le lendemain de l'arrêt rendu sur ses conclusions, le procureur général Dupin a, comme député, déposé sur le bureau de la Chambre une proposition ayant pour objet de rendre à l'avenir obligatoires, sous quelques modifications, les formalités prescrites par le décret du 12 février 1814.

jugement du fond sans s'arrêter à la demande en renvoi devant l'autorité administrative pour interprétation. De nombreux arrêts ont été rendus en ce sens par la Cour de cassation (1); le conseil d'État, ayant eu à se prononcer sur la question, a adopté la même doctrine (2).

La Cour de cassation s'est efforcée d'empêcher qu'on ne donnât à cette règle une extension trop grande. Dans un arrêt du 27 février 1855, elle s'exprime ainsi : « Si les tribunaux sont compétents lorsqu'il y a lieu non pas d'interpréter un acte administratif obscur, mais bien d'appliquer un acte clair, il ne dépend pas d'eux d'usurper les attributions de l'autorité administrative, en qualifiant actes clairs des actes ambigus et en prétendant appliquer, quand ils ne font qu'interpréter. » Bien que le principe soit posé très nettement en théorie, il n'en restera pas moins très délicat de décider en fait s'il y a interprétation ou seulement application.

Nous avons ainsi déterminé les conséquences immédiates de la règle aux termes de laquelle les tribunaux ordinaires ne doivent pas connaître des actes d'administration. En dehors

(1) Cass., 16 avril 1838 ; 17 juillet 1849 ; 13 juillet 1862.

(2) Arrêt du conseil d'État du 21 mai 1858 (hérit. Frère et Boutin).

des sanctions pénales que nous avons énumérées, nous en trouverons plus loin une autre qui consiste dans la faculté pour l'administration d'élever le conflit et d'arrêter ainsi les usurpations de l'autorité judiciaire.

SECTION II. — *De la responsabilité des fonctionnaires de l'ordre administratif devant les tribunaux de l'ordre judiciaire.*

Dans notre ancien droit nous ne rencontrons aucune disposition destinée à préserver les agents de l'administration des poursuites judiciaires. Mais il ne faut pas oublier quelle situation privilégiée leur était faite : dans chaque branche de l'administration publique, les préposés trouvaient au faite et dans le sein même de l'administration une juridiction dont ils étaient exclusivement justiciables pour tous les faits relatifs à leurs fonctions (1). C'est ainsi que le grand conseil du roi connaissait des crimes imputés à ses membres. Toutefois, cette règle n'était pas toujours respectée. Saint-Simon rapporte que le lieutenant de police d'Argenson et le prévôt des marchands Trudaine furent mandés devant le parlement de Paris pour y recevoir debout, découverts

(1) Faustin-Hélie, *Traité de l'inst. criminelle*, t. III, p. 258-265.

et en audience publique, les remontrances et les ordres du premier président : l'un sur la police de la capitale, l'autre sur l'état de l'hôtel de ville (1). Il n'y a là qu'une preuve nouvelle de cet esprit d'envahissement dont les parlements étaient animés.

Conformément aux théories qu'a fait prévaloir la révolution de 1789, les agents du gouvernement sont en principe responsables de leurs actes. Cette responsabilité fut proclamée, à l'occasion du renvoi de Necker, par un décret en date du 13 juillet 1789, décidant que les ministres et les agents civils et militaires seraient responsables de toute entreprise contraire aux droits de la nation et aux décrets de l'Assemblée. L'idée qui avait inspiré ce décret se retrouve dans la déclaration des droits de l'homme du 3 septembre 1791. L'article 15 de cette déclaration dispose, en effet, que la société a le droit de demander compte à tout agent public de son administration.

On considéra comme nécessaire d'apporter des restrictions au principe de la responsabilité des fonctionnaires. En effet, l'administration chargée d'appliquer les lois d'intérêt général se trouve le plus souvent en opposition avec les intérêts privés ; et on pouvait craindre que les particu-

(1) Saint-Simon, *Mémoires*, liv. X, p. 293.

liens lésés ne profitassent de la disposition nouvelle pour traduire presque à chaque instant les fonctionnaires devant les tribunaux. Ceux-ci, appelés à examiner les actes administratifs, seraient arrivés peu à peu à les censurer, peut-être même à en rendre l'application impossible. On eut donc soin de tempérer la règle que l'on venait d'établir en la combinant avec le principe nouveau de la séparation des pouvoirs. C'est pourquoi l'article 13 de la loi de 1790 défendit aux juges, sous peine de forfaiture, de citer devant eux les administrateurs à raison de leurs fonctions, défense qui se trouve reproduite dans la constitution du 3 septembre 1791.

L'article 75 de la constitution du 22 frimaire an VIII n'est guère que la reproduction de ces deux textes. Il est conçu cependant en termes moins absolus et s'exprime ainsi : « Les agents du gouvernement, autres que les ministres, ne peuvent être poursuivis pour des faits relatifs à leurs fonctions, qu'en vertu d'une décision du conseil d'Etat : en ce cas, la poursuite a lieu devant les tribunaux ordinaires. » Il suffit de lire cet article pour comprendre que le but poursuivi par le législateur n'a pas été de protéger le fonctionnaire, mais bien de protéger la fonction. Et alors même que cela ne résulterait pas du texte, il suffirait pour s'en convaincre de se reporter aux

dispositions qui ont précédé cet article et qu'il a eu pour but de remplacer. Il y avait donc un lien étroit entre le principe de la séparation des pouvoirs et l'article 75 ainsi compris. Mais, comme l'article 75 contenait une dérogation au droit commun en faveur des agents du gouvernement, il n'en fut pas moins vivement attaqué, et certains abus vinrent justifier ces attaques.

Nous allons étudier rapidement les effets de l'article 75. Cette étude n'a pas seulement un intérêt historique, elle nous servira à mieux comprendre la portée du décret du 19 septembre 1870 qui a prononcé l'abrogation de l'article 75.

Après la chute du premier empire, on avait soutenu que l'article 75 avait disparu avec les autres actes constitutionnels du régime tombé, par suite de la promulgation de la charte de 1814. On faisait, en outre, observer que cet article était contraire à la Charte, qui proclamait l'égalité de tous les citoyens devant la loi. Ces arguments ne furent pas admis par les tribunaux : la jurisprudence judiciaire ou administrative décida constamment que l'article avait survécu à la constitution dont il faisait partie. Par un arrêt du 30 novembre 1821, la Cour de cassation pose en principe que l'article est maintenu parce que ce n'est pas une disposition d'ordre constitutionnel, mais une institution administrative se rattachant

au principe de la séparation des pouvoirs.

Quant à l'argument tiré de la violation de la charte de 1814, il était facile de lui répondre : il ne s'agissait pas d'un texte d'exception venant protéger les fonctionnaires, mais d'une règle destinée à mettre l'acte administratif au-dessus des atteintes de l'autorité judiciaire. Sans doute, par voie de conséquence, cet article consacrait une exception au principe d'égalité de tous les citoyens devant la loi ; mais ce n'était pas là une exception unique. N'avons-nous pas vu, en effet, que les sénateurs et députés ne pouvaient être poursuivis, durant la session, sans une autorisation du corps auquel ils appartiennent ? De même, l'article 510 du Code de procédure civile décide qu'un magistrat ne peut être pris à partie sans la permission préalable du tribunal devant lequel est portée la prise à partie.

En 1832, la nouvelle rédaction de l'article 129 du Code pénal était venue donner à l'article 75 une consécration légale. Dans les projets de loi qui furent élaborés de 1832 à 1836, on supprimait le système de l'autorisation par le conseil d'Etat, en y substituant des garanties analogues à celles que les lois accordent aux représentants de l'autorité judiciaire, et même en permettant aux ministres de revendiquer la responsabilité des actes accomplis par des agents subordonnés.

Après de longues discussions, le système contenu dans l'article 75 de la constitution de l'an VIII fut maintenu ; parmi ses défenseurs nous citons MM. Thiers, Vivien et de Salvandy. Néanmoins, la nécessité d'une autorisation préalable fut contestée de nouveau après la révolution de 1848. Fidèle à sa première doctrine, la Cour de cassation, par son arrêt du 29 avril 1848, décida que l'article 75 avait un caractère purement législatif et n'était pas une disposition spéciale à une forme de gouvernement.

Nous avons vu que l'art. 75 ne s'appliquait pas aux ministres. Sous la constitution de 1852, ils jouissaient d'une autre garantie, celle de ne pouvoir être mis en accusation que par le Sénat, et de n'être justiciables, pour crimes et délits, que de la haute cour de justice. Un privilège du même genre leur a été conféré par la constitution de 1875. En ce qui concerne l'action civile, si les ministres n'étaient pas couverts par l'art. 75, ils étaient protégés contre les tribunaux judiciaires par la règle sur la séparation des pouvoirs administratif et judiciaire qui s'étend à tous les administrateurs. Le recours aux tribunaux civils contre les actes des ministres n'offre donc qu'une faible garantie, car c'est presque toujours soit un acte de gouvernement, soit un acte administratif dont les tribunaux ne peuvent connaître et dont

un conflit viendra les dessaisir. La véritable responsabilité ministérielle est la responsabilité politique qui s'exerce devant le parlement.

La nécessité d'une autorisation préalable s'appliquait à tous les autres agents du gouvernement. Cette rédaction peu précise facilitait toutes les extensions. Nous allons voir que diverses restrictions ont été apportées par des lois postérieures.

Par agent du gouvernement, on pouvait entendre tous les agents faisant partie de l'ordre administratif, puisque la règle avait été établie comme conséquence du principe de la séparation des pouvoirs. Les lois de finances du 8 décembre 1814 et du 28 avril 1816 firent exception pour les agents des contributions indirectes poursuivis à raison des crimes ou délits commis dans l'exercice de leurs fonctions. Ne pouvant supprimer les contributions indirectes, on s'efforçait de diminuer ainsi l'impopularité qui avait pesé sur les droits réunis. De même à partir de 1816 les employés des contributions directes qui se prêtaient à la perception d'impôts non régulièrement votés, purent être poursuivis en restitution sans autorisation préalable, conformément à l'article final de la loi annuelle du budget.

Mais si ces lois avaient créé des exceptions, le

principe n'en restait pas moins entier, et la jurisprudence eut à déterminer quels étaient les agents garantis dans le sens de l'art. 75. D'après un arrêt de la Cour de cassation qui peut être considéré comme fixant la question de principe en cette matière, pour être considéré comme agent du gouvernement, il faut être dépositaire d'une portion de l'autorité gouvernementale et administrative, agir au nom du gouvernement, sous sa direction médiate ou immédiate, et faire partie de la puissance publique (1). Par suite la jurisprudence refusait d'attribuer la qualité d'agent du gouvernement aux membres des conseils généraux et des conseils municipaux, ainsi qu'aux magistrats de l'ordre judiciaire.

L'autorisation est nécessaire seulement à raison des faits qui se rattachent à l'exercice de la fonction. Mais il importe peu que les faits ne constituent ni crime, ni délit, ni contravention : l'autorisation est nécessaire même pour l'action civile (2). Toutefois, elle n'est pas nécessaire pour des crimes ou délits n'ayant aucun rapport avec les actes de la fonction, quand même, dans l'accomplissement du crime ou du délit, l'agent se serait servi de l'influence que lui donnaient ses fonctions. C'est

(1) Arr. du 3 mai 1838.

(2) Arrêts de cass. du 8 août 1840 et du 16 février 1847, qui s'appuient principalement sur les textes antérieurs à l'art. 75.

pourquoi la Cour de cassation a décidé que le chef d'un bureau arabe en Algérie, poursuivi pour complicité d'assassinat, ne pouvait invoquer cette immunité, lors même que la complicité résulterait d'un abus des pouvoirs que ses fonctions lui conféraient (1).

La règle en cette matière se trouve posée dans un autre arrêt de la Cour en date du 31 mars 1864, qui est ainsi conçu : « Attendu que la garantie de l'art. 75 n'est que la conséquence du principe fondamental de la séparation des pouvoirs ; qu'elle n'a pour objet que d'assurer l'indépendance de l'administration à l'égard de l'autorité judiciaire et de protéger, non la personne inculpée, mais l'acte administratif, qu'il ne suffit pas à son application que la partie poursuivie soit un agent du gouvernement, ni même que les faits incriminés se soient produits pendant qu'elle remplissait sa mission, qu'il faut essentiellement, ainsi que le prescrit l'art. 75, que ces faits soient relatifs à la fonction, en d'autres termes, qu'ils soient un acte de la fonction elle-même, avec laquelle ils s'identifient et dont ils constituent l'exercice, bien qu'abusif ; que c'est alors au conseil d'Etat qu'il appartient, même au cas où le fait reproché serait qualifié crime ou délit par la loi, de reconnaître

(1) Arrêt du 3 octobre 1857.

l'abus, de proclamer la responsabilité personnelle de l'agent, et de livrer, s'il y a lieu, sa personne aux tribunaux. »

Le conseil d'Etat avait une doctrine un peu différente de celle de la Cour de cassation. Il exigeait bien que l'acte fût relatif aux fonctions et décidait que la garantie ne s'appliquait point aux gardes des bois soumis au régime forestier pour les délits de chasse commis par eux, même dans l'exercice de leurs fonctions, car il n'existait aucun rapport entre les devoirs de ces gardes et les faits de chasse illicite qui leur étaient reprochés (1). Par contre, il décida plusieurs fois qu'il y avait lieu d'examiner si la poursuite devait être autorisée pour des voies de fait commises par des agents du gouvernement pendant qu'ils étaient dans l'exercice de leurs fonctions.

Comme le but du législateur de l'an VIII avait été de protéger la fonction, la nécessité d'une autorisation préalable ne subsistait pas moins, quand, au moment des poursuites, le fonctionnaire avait cessé d'exercer ses fonctions (2). Une autre conséquence résultait de ce que la garantie couvrait la fonction : c'est que l'agent poursuivi ne pouvait y renoncer.

(1) Arrêts, 6 août 1850 (Henry), 8 novembre 1853 (Allard).

(2) Il y a sur ce point une exception pour les comptables infidèles et destitués, fondée sur un avis du conseil d'Etat du 16 mars 1867.

L'art. 75 dit que le conseil d'Etat rend une décision. Malgré cette expression, on a toujours considéré que le conseil n'avait pas de pouvoir propre. C'est en ce sens qu'a été rendu l'art. 13 du décret du 30 janvier 1852. L'affaire était instruite en la forme administrative, parce que le gouvernement jouissait d'un pouvoir discrétionnaire pour accorder ou refuser l'autorisation de poursuivre. Par conséquent, aucune des règles en usage pour le contentieux administratif n'était appliquée : il n'y avait ni publicité, ni débat oral, ni aucune voie de recours. C'était là un des plus graves reproches que l'on pouvait adresser à l'art. 75, car la publicité est toujours un obstacle à l'arbitraire.

La nécessité d'une autorisation préalable n'empêchait pas l'information judiciaire ; mais il ne pouvait être décerné aucun mandat, ni subi aucun interrogatoire sans l'autorisation du gouvernement (1). Il est à remarquer que le défaut d'autorisation, en cas de poursuite contre un agent du gouvernement, ne donnait pas lieu à un conflit de la part de l'administration, conformément aux prescriptions de l'art. 3 de l'ordonnance du 1^{er} juin 1828. Il en résultait seulement une exception d'ordre public, d'après laquelle le tribunal

(1) Décret du 9 août 1806, art. 3.

saisi devait surseoir à statuer (1). Cette exception, étant d'ordre public, pouvait être invoquée en tout état de cause, même pour la première fois devant la Cour de cassation (2). La sanction de l'art. 75 de la constitution de l'an VIII ne se trouvait donc pas dans la faculté pour l'administration d'élever le conflit; elle résultait des art. 127 et 129 du Code pénal que nous avons déjà cités.

Telles étaient les règles relatives à l'autorisation préalable, et ces règles eussent été conformes au principe de la séparation des pouvoirs, si aucun abus ne s'était produit et si le conseil d'Etat s'était toujours inspiré de la doctrine émise par la Cour de cassation dans son arrêt de 1864. D'après les comptes rendus des travaux du conseil, 154 demandes à fin de poursuites criminelles furent introduites de 1861 à 1865. Sur ce nombre l'autorisation fut accordée à l'égard de 53 fonctionnaires; on la refusa pour 77. Il est à remarquer qu'un certain nombre de poursuites autorisées n'aboutirent pas à une condamnation, car il fut prononcé par les juridictions compétentes 37 condamnations et 16 acquittements.

Mais si le conseil d'Etat se montrait impartial

(1) Arr. de cass. du 11 avril 1863.

(2) Arr. du 30 novembre 1858.

toutes les fois que les demandes en autorisation de poursuivre soulevaient seulement des questions d'ordre purement privé ou d'ordre purement administratif, il ne faisait pas toujours preuve de la même équité quand il s'agissait de questions électorales. Parfois, en ces matières, les abus de pouvoir reprochés aux administrateurs, notamment aux préfets, étaient couverts par le refus d'autorisation. Comme ce sont ces questions-là qui passionnent surtout l'opinion publique, il ne faut pas s'étonner des attaques fort vives dont l'art. 75 fut l'objet.

Beaucoup, considérant comme une des conséquences inséparables de cet article des abus qu'il eût été facile, sinon de supprimer, tout au moins d'amoindrir, en demandaient l'abrogation. C'est ainsi que M. Dareste écrivait : « L'art. 75 n'est pas une conséquence du principe de la séparation des pouvoirs ; car si le jugement d'un procès de ce genre soulève une question administrative, le conflit peut toujours être élevé. Cet article ne fait autre chose que de conférer au gouvernement le droit d'arrêter arbitrairement le cours de la justice (1). »

Quelques jurisconsultes réclamaient seulement des réformes. Parmi eux était M. de Cermenin,

(1) Dareste, *la Justice administrative*, p. 520.

qui s'exprimait ainsi : « Ce serait un grand pas vers un meilleur système que de vouloir, ainsi que de bons esprits en ont depuis longtemps reconnu la nécessité, ôter la garantie à tous les agents inférieurs ou supérieurs du gouvernement autres que les maires ou adjoints, sous-préfets et préfets (1). » Cette opinion était partagée par M. Faustin-Hélie (2). A l'appui de cette restriction, on faisait valoir que la privation de la garantie constitutionnelle, dont tous les agents de l'administration des contributions indirectes avaient été dépouillés depuis 1814, avait produit les plus heureux résultats et réhabilité dans l'opinion publique cette branche de l'administration.

Une réforme était, en effet, nécessaire; il eût fallu, tout au moins, restreindre la garantie de l'art. 75 aux préfets et sous-préfets, qui sont les agents de l'administration active par excellence. En outre, l'autorisation de poursuivre aurait dû être accordée par le conseil d'État, statuant au contentieux; cette attribution aurait même pu être transférée au tribunal des conflits. Avec cette double réforme, les abus auraient, sans aucun doute, disparu, et on eût réussi de la sorte à prévenir bien des conflits. Les mesures préventives

(1) De Cormenin, *Droit administratif*, t. II, p. 544.

(2) Faustin-Hélie, *Traité de l'instr. crimin.*, t. III, p. 307.

étant toujours supérieures aux mesures répressives, c'était là un avantage sérieux. On eût, par suite, évité la fréquence des conflits, et certes, il est peu désirable de voir se répéter trop souvent ces luttes entre deux juridictions d'ordre différent.

Les partisans d'une réforme ne devaient pas l'emporter, et l'art. 75 de la constitution de l'an VIII disparut tout entier à la suite d'un décret du 19 septembre 1870, rendu par le gouvernement de la Défense nationale. Voici le texte de ce décret :

Art. 1^{er}. — L'art. 75 de la constitution de l'an VIII est abrogé. Sont également abrogées toutes autres dispositions des lois générales ou spéciales ayant pour objet d'entraver des poursuites dirigées contre des fonctionnaires publics de tout ordre.

Art. 2. — Il sera ultérieurement statué sur les peines civiles qu'il peut y avoir lieu d'édicter, dans l'intérêt public, contre les particuliers qui auraient dirigé des poursuites téméraires contre des fonctionnaires.

Ce dernier article a pour but de prévenir les inconvénients que pourrait entraîner la suppression de l'autorisation préalable, en protégeant, dans une certaine mesure, les fonctionnaires contre les rancunes des particuliers. Mais cette

disposition est restée dépourvue de sanction, car aucune loi postérieure n'est intervenue pour statuer à ce sujet.

Le grand inconvénient du décret du 19 septembre 1870 est qu'il n'est pas précédé d'un exposé des motifs, ce qu'explique suffisamment la date à laquelle il a été rendu. Suivant la remarque de M. Hallays-Dabot (1), ce décret a été édicté en quelque sorte *ab irato*, sans élaboration, sans discussion aucune, comme cela arrive toujours dans les périodes d'effervescence et de désorganisation. D'un autre côté, il est rédigé en termes peu précis, et pour le jurisconsulte ou le juge qui recherche quelle est exactement la portée du décret, rien ne vient le guider dans son étude, aucun document préparatoire ne lui permet de pénétrer d'une façon certaine la pensée de ceux qui l'ont rédigé.

L'art. 1^{er} abroge non seulement l'art. 75 de la constitution de l'an VIII, mais encore toutes autres dispositions des lois générales ou spéciales ayant pour objet d'entraver des poursuites dirigées contre des fonctionnaires publics. On s'est demandé si cette disposition entraînait l'abrogation des art. 499 et suivants du Code d'instruc-

(1) *Recueil des arrêts du conseil d'Etat*, année 1873, p. 125 du 1^{er} supplément.

tion criminelle, relatifs aux poursuites contre les magistrats, ainsi que celles des art. 505 et suivants du Code de procédure civile, qui règlent les formes à suivre pour la prise à partie contre les juges. La Cour de cassation a décidé que ces dispositions, applicables à tous les fonctionnaires de l'ordre judiciaire, étaient encore en vigueur, sans distinguer entre les règles de diverses natures relatives aux poursuites criminelles et aux actions à fins civiles (1).

D'après le rapport qui fut présenté à l'Assemblée nationale par M. Taillefert, relativement aux décrets du gouvernement de la Défense nationale, les dispositions spéciales visées par l'art. 1^{er} du décret, et qui ont disparu avec l'art. 75, sont au nombre de trois : les préfets pouvaient autoriser la mise en jugement des préposés d'un octroi municipal (arrêté du 19 thermidor an X); ils pouvaient dénoncer aux tribunaux, après avoir pris l'avis des sous-préfets, les percepteurs des contributions directes pour des faits relatifs à leurs fonctions, sans que l'autorisation du conseil d'État fût nécessaire (arrêté du 10 floréal an X); enfin, le directeur général de l'enregistrement pouvait autoriser des poursuites

(1) Arrêts : 15 septembre 1871, 14 juin 1876.

contre de simples employés (arrêté du 9 pluviôse an X).

Nous connaissons maintenant les dispositions qui ont été supprimées par le décret du 19 septembre 1870. Mais il nous reste à résoudre une question plus importante et plus délicate, qui peut se résumer ainsi : quelles sont les conséquences du décret en ce qui touche les pouvoirs de l'autorité judiciaire, lorsqu'elle est saisie d'une action contre un fonctionnaire public ? La compétence judiciaire est-elle absolue ? N'est-elle pas, au contraire, restreinte par les textes qui ont consacré le principe de la séparation de l'autorité judiciaire et de l'autorité administrative ?

Sur cette question, la jurisprudence a hésité avant de se fixer, et l'on a vu se produire un désaccord complet entre la Cour de cassation et le tribunal des conflits. Nous allons examiner un certain nombre des espèces les plus importantes, afin d'en dégager la solution qui a prévalu.

Dès le mois de décembre 1870 se présentèrent deux affaires, où le fonctionnaire en cause était le préfet de Maine-et-Loire. Le 2 décembre 1870, M^{me} veuve Dune assignait ce préfet devant le tribunal d'Angers pour diffamation envers la mémoire de son mari, lui réclamant 20,000 francs de dommages-intérêts. Le préfet, ayant proposé un déclinatoire d'incompétence, le vit rejeter par

le tribunal; alors il prit un arrêté de conflit. Cet arrêté fut examiné par la commission provisoire faisant fonction de conseil d'État. Le commissaire du gouvernement, M. Laferrière, conclut à la validation du conflit, en se fondant sur le principe de la séparation des pouvoirs. Le rapporteur était M. Aucoc. Il fit observer que, par suite de l'abrogation de l'art. 75, les agents du gouvernement pouvaient être poursuivis sans autorisation devant les tribunaux judiciaires pour tous leurs actes personnels, et que, en outre, l'ordonnance du 1^{er} juin 1828 interdisait d'élever le conflit pour revendiquer, au profit de l'autorité administrative, le droit d'apprécier préjudiciellement si l'autorisation de poursuivre les agents devait être accordée. Adoptant les conclusions de son rapporteur, la commission provisoire annula l'arrêté de conflit pris par le préfet de Maine-et-Loire.

Vers la même époque, le même fonctionnaire fut en butte à d'autres poursuites basées sur un motif analogue. Par une affiche, en date du 31 décembre 1870, publiée dans tout le département, il reprochait au directeur et à un rédacteur de l'*Union de l'Ouest* (1) d'exciter leurs conci-

(1) Ce journal avait été suspendu à la suite d'un article attaquant très vivement la dissolution des conseils généraux par décret.

toyens à la guerre civile, de se rendre coupables de connivence avec l'ennemi, de trahir la patrie. Ces imputations furent considérées par les personnes mises en cause comme calomnieuses et diffamatoires. Elles intentèrent donc une poursuite contre le préfet devant le tribunal correctionnel d'Angers. Ce tribunal s'étant déclaré incompétent, appel fut interjeté devant la cour statuant correctionnellement. Le préfet prit alors un arrêté de conflit dont l'annulation fut prononcée, annulation motivée par le décret de 1870 et l'article 3 de l'ordonnance du 1^{er} juin 1828. L'affaire revint alors devant la cour d'Angers, qui condamna le préfet à 100 francs d'amende (1). Un pourvoi fut formé devant la Cour de cassation et il fut admis par elle, parce qu'on n'avait pas suivi les prescriptions de l'article 10 de la loi du 20 avril 1810, exigeant pour la poursuite en police correctionnelle de certains hauts fonctionnaires, parmi lesquels les préfets, que l'initiative des poursuites soit prise par le procureur général conformément à l'article 479 du Code d'instruction criminelle. Par suite l'arrêt fut cassé sans que le renvoi devant une autre cour fût prononcé.

Après cassation, le procureur général près la cour d'Angers fit assigner le préfet devant la

(1) Arrêt du 17 novembre 1871.

première chambre de cette cour. Alors fut formée devant la Cour de cassation une demande en renvoi pour cause de suspicion légitime, demande qui fut accueillie par arrêt du 16 mai 1872. L'affaire fut renvoyée devant la cour d'Orléans ; celle-ci, sans apprécier la mesure administrative, qui, dans l'espèce, consistait dans la suspension du journal, condamna le préfet à 500 francs d'amende pour diffamation par arrêt du 20 juin 1872.

Cet arrêt fut attaqué en cassation. Le principal argument invoqué en faveur du pourvoi consiste dans la violation du principe de la séparation des pouvoirs et peut se formuler ainsi : Il est vrai que l'article 75 est abrogé ; mais toutes les autres règles qui découlent du principe de la séparation des pouvoirs subsistent, et elles doivent être d'autant plus strictement appliquées que l'autorisation préalable du conseil d'Etat est supprimée. La Cour suprême n'admit pas cette théorie et le pourvoi fut rejeté (1). L'argument décisif invoqué par le conseiller rapporteur fut la décision de la commission provisoire que nous avons relatée plus haut. L'arrêt de la Cour de cassation dans cette affaire nous semble irréfutable : on n'attaque pas un acte administratif, mais seulement

(1) Arr. du 25 janvier 1873.

un fait de diffamation, un acte personnel d'un agent administratif. L'article 75 étant aboli, au nom de quel texte pouvait-on entraver la marche de l'autorité judiciaire ?

Une autre affaire fournit à la Cour de cassation l'occasion d'affirmer sa doctrine et la portée qu'elle donnait au décret du 19 septembre 1870. Par un arrêt du 3 juin 1872 elle déclara que le décret du 19 septembre 1870 autorisait les tribunaux à apprécier et à qualifier les actes imputés aux fonctionnaires et qui donneraient lieu à une action en réparation civile. Cet arrêt est particulièrement intéressant à examiner à raison du rapport et des conclusions qui l'ont précédé.

D'après le conseiller rapporteur, M. Dagallier, les tribunaux peuvent désormais apprécier et qualifier l'acte imputé au fonctionnaire et qui sert de base aux poursuites dirigées contre lui. « S'il en était autrement, dit-il, et si les tribunaux étaient encore forcés de renvoyer l'examen de l'acte incriminé à l'autorité administrative, ne serait-ce pas sous une autre forme, mais atteignant exactement au même but, renouveler la garantie que le décret de 1870 a entendu supprimer ? Je ne me dissimule pas que c'est une atteinte portée au principe de la séparation des pouvoirs ; mais qu'y faire ? La loi l'a ainsi voulu, et elle ne peut être exécutée qu'à ce prix. »

Les conclusions de l'avocat général renferment des idées analogues à celles qui furent émises par le rapporteur ; et ces conclusions empruntent une grande partie de leur importance à la personne même de l'avocat général : M. Reverchon, dont l'autorité en matière administrative est incontestable. Qu'a fait le décret du 19 septembre 1870 ? se demande le représentant du ministère public. Il a généralisé les dérogations partielles que certaines lois avaient déjà fait subir à l'article 75 de la constitution de l'an VIII. De l'exception il a fait la règle, et par suite il a donné à la règle, il a donné à l'abrogation absolue qu'il a décrétée, le caractère et les effets des abrogations spéciales antérieurement prononcées : « Oui, continue M. Reverchon, ce décret a porté une atteinte incontestable au principe de la séparation des pouvoirs, et l'on ne peut guère supposer que ses auteurs ne l'aient pas signé en pleine connaissance de cause. Mais alors même qu'ils n'en auraient pas vu toute la gravité, l'autorité judiciaire n'a pas à le juger, et elle doit, comme le conseil d'Etat l'a déjà fait dans des circonstances identiques, en assurer exacte et sincère application. » Adoptant ces conclusions, la chambre des requêtes rejeta le pourvoi du général Meyère et confirma l'arrêt de la cour de Dijon.

Cet arrêt de la chambre des requêtes étendait

singulièrement la portée du décret de 1870. Non seulement il permettait aux tribunaux de connaître sans aucune entrave des faits personnels des administrateurs ; mais il les appelait aussi à apprécier et qualifier les actes imputés aux agents du gouvernement et donnant lieu à une action en réparation civile. Avec cette doctrine, l'autorité judiciaire, juge des administrateurs pour tous leurs actes, devenait indirectement juge de l'acte administratif : c'était plus qu'une atteinte au principe de la séparation des pouvoirs, c'était sa suppression. En vain l'on fait appel à la décision rendue par la commission provisoire, dans l'arrêt du 7 mai 1871 (Engelhard) ; mais dans la question il ne s'agissait pas d'un acte administratif, il s'agissait d'un délit de diffamation qui pouvait être apprécié sans porter aucune atteinte à l'acte administratif. Dans ce cas-là il est bien certain que depuis l'abrogation de l'article 75 l'autorité judiciaire est seule compétente.

Pour connaître complètement l'avis de la commission provisoire, il faut se reporter à un autre arrêt du 7 mai 1871 (1) (Taxil). Dans cet arrêt il est dit que l'autorité judiciaire statuant correctionnellement est compétente pour connaître des

(1) Cet arrêt constituait un changement de jurisprudence. Voir arrêt 17 août 1866 (Benoit d'Azy), rendu contrairement à de remarquables conclusions de M. Aucoc.

poursuites intentées par un particulier contre les membres d'une commission municipale, à raison de ce qu'ils ont signé une délibération contenant des imputations qualifiées diffamatoires par le plaignant. L'arrêt ajoute : C'est à l'autorité administrative seule qu'il appartient de réformer ou d'annuler l'acte administratif ; mais l'autorité judiciaire a le droit de frapper les personnes, si elles ont commis un délit prévu par la loi pénale, et de leur appliquer les peines édictées. Cet arrêt émané de la commission provisoire est contraire à la doctrine qui avait été soutenue devant la Cour de cassation et adoptée par elle.

Le tribunal des conflits que venait de rétablir la loi du 24 mai 1872, eut bientôt à se prononcer sur le sens du décret du 19 septembre 1870. Il nous reste à rechercher quelle est la solution qu'il fit prévaloir.

La première décision contenant la doctrine générale du tribunal des conflits est celle du 26 juillet 1873 (Pelletier). Le général commandant l'état de siège, dans la première division militaire, avait fait saisir, à la gare de Creil, le premier numéro du journal *le Devoir*. Le propriétaire-gérant assigna devant le tribunal de Senlis ce général et le préfet de l'Oise, pour faire déclarer la nullité de la saisie et obtenir des dommages-intérêts. Le tribunal de Senlis, s'appuyant sur le décret du

19 septembre 1870, pensa que les tribunaux pouvaient examiner les actes administratifs et rechercher si, par suite d'une faute ou d'un abus de pouvoir imputable au fonctionnaire, ces actes étaient de nature à donner lieu au profit de qui de droit à une action en dommages-intérêts. Le tribunal de Senlis reconnaissait que cette manière de voir portait atteinte au principe de la séparation des pouvoirs, mais telle était, suivant lui, la portée du décret de 1870, et décider autrement serait consacrer à nouveau les immunités que ce décret avait entendu abolir.

Ce jugement était donc la reproduction exacte de la doctrine de la Cour de cassation. Le préfet de l'Oise ayant pris un arrêté de conflit, l'affaire vint devant le tribunal des conflits. Voici comment, à ce sujet, s'exprimait le commissaire du gouvernement, M. David, au début de ses conclusions : « Si telle était la portée du décret du 19 septembre 1870, il faudrait bien reconnaître qu'il ne se serait pas borné à atteindre le principe de la séparation des pouvoirs dans les abus qu'avait pu présenter le système de protection institué et organisé en son nom en faveur des fonctionnaires publics, mais qu'il aurait encore préparé à bref délai l'anéantissement même de ce principe dans sa garantie la plus essentielle, qui est l'interdiction faite aux juges de connaître des actes adminis-

tratifs, et dans sa sanction la plus pratique, qui est le droit pour l'administration de revendiquer devant l'autorité judiciaire la connaissance et le contrôle de ses propres actes par la voie du conflit, puisque cette garantie et cette sanction seraient tenues en échec dans les instances poursuivies devant l'autorité judiciaire contre les fonctionnaires publics. »

Ayant ainsi établi les inconvénients qu'entraînerait cette extension démesurée de la compétence judiciaire, le commissaire du gouvernement fait alors remarquer que la doctrine de la Cour de cassation repose sur une confusion entre les actes administratifs proprement dits, protégés par la garantie réelle, qui est de l'essence même du principe de la séparation des pouvoirs administratif et judiciaire, et les faits relatifs aux fonctions protégées autrefois par une garantie personnelle spéciale aux agents de l'administration. L'interdiction faite aux tribunaux judiciaires de connaître des actes d'administration de quelque espèce qu'ils soient, constitue une règle de compétence absolue et d'ordre public, destinée à protéger l'acte administratif. Comme la saisie du journal *le Devoir* avait incontestablement le caractère d'un acte administratif, il est interdit aux tribunaux civils d'examiner et d'apprécier cet acte.

Le tribunal des conflits, validant l'arrêté pris par le préfet de l'Oise, sanctionna les conclusions du commissaire du gouvernement. L'arrêt décide que le décret du 19 septembre 1870 n'a eu pour effet que de supprimer la fin de non-recevoir résultant du défaut d'autorisation avec toutes ses conséquences légales, et de rendre ainsi aux tribunaux judiciaires toute leur liberté d'action dans les limites de leur compétence, mais qu'il n'a pu avoir également pour conséquence d'étendre les limites de leur juridiction, de supprimer la prohibition qui leur est faite, par d'autres dispositions que celles spécialement abrogées par ce décret, de connaître des actes administratifs, et d'interdire, dans ce cas, à l'autorité administrative le droit de proposer le déclinatoire et d'élever le conflit.

Le principe ainsi posé, le tribunal des conflits eut plus d'une fois à en faire l'application. Nous citerons, sans nous y arrêter, l'arrêté du 28 novembre 1874 (journal *la Réforme*), car l'affaire se présentait dans les mêmes conditions que celle que nous venons d'examiner.

En 1877, le préfet de la Gironde avait refusé l'autorisation de colportage à deux journaux. Le propriétaire de ces journaux intenta contre lui une action en dommages-intérêts à raison de cette mesure, soutenant qu'elle était illégale, et que,

dans le cas où l'illégalité d'un acte administratif est manifeste, elle constitue une faute lourde qui peut être considérée comme un fait personnel de l'administrateur. Le tribunal de Bordeaux s'étant déclaré compétent pour statuer sur cette affaire, le préfet prit un arrêté de conflit qui fut validé pour les motifs suivants : la délivrance des autorisations de colportage appartenant aux préfets d'après la loi du 27 juillet 1849, art. 6, les mesures prises par lui ont essentiellement le caractère d'actes de police administrative. Alors même que ces mesures seraient illégales, cela ne peut suffire pour les dépouiller de leur caractère d'actes administratifs et les transformer en faits personnels. L'autorité judiciaire doit donc se dessaisir, car elle ne peut, sans s'ingérer dans les opérations administratives, prescrire indirectement au préfet de révoquer ces actes en le condamnant à des dommages-intérêts pour chaque jour d'interdiction de colportage.

Dans le cours de la même année, une question toute différente, s'étant présentée devant le tribunal des conflits, fut résolue dans le même sens. Un ancien député citait devant le tribunal correctionnel de Montbéliard l'imprimeur et l'éditeur du *Bulletin des communes*, leur demandant des réparations civiles pour le délit de diffamation qu'ils auraient commis en imprimant et publiant

un compte rendu de la revue de l'armée de Paris ; le ministre de l'intérieur était également cité comme civilement responsable. Un déclinatoire ayant été présenté par le préfet, il y fut fait droit en ce qui concernait la demande en réparation civile intentée contre le ministre de l'intérieur ; mais le tribunal se déclara compétent pour connaître de l'action en diffamation intentée contre l'imprimeur et l'éditeur. Alors le préfet du Doubs prit un arrêté de conflit. Quand l'affaire fut portée devant le tribunal des conflits, le commissaire du gouvernement se prononça pour l'annulation de cet arrêté. Il soutint que la publication contenue dans le *Bulletin des communes*, n'étant pas conforme au but que s'était proposé le législateur en créant ce *Bulletin*, ne pouvait avoir le caractère d'un acte administratif. En effet, d'après le décret fondamental du 12 février 1852, le *Bulletin des lois* doit contenir les lois, les décrets et les instructions du gouvernement, ou une analyse sommaire de ces divers actes. Les autres insertions, étrangères au but visé par le législateur, n'ont par là même aucun caractère officiel. Dans la partie non officielle les rédacteurs du *Bulletin* peuvent insérer ce que bon leur semble, mais sous leur responsabilité personnelle, soumise aux règles du droit commun.

Ces conclusions ne furent pas admises par le

tribunal des conflits. Il considéra que le compte rendu avait le caractère d'un acte administratif, que les passages attaqués, comme diffamatoires, ne pouvaient être détachés de cette publication officielle avec laquelle ils se confondaient, pour être considérés et appréciés isolément; en conséquence, il décida que l'autorité judiciaire ne pouvait statuer sur la demande qui lui était soumise.

Il nous est impossible d'approuver cette décision, qui impose une restriction peu rationnelle à la compétence de l'autorité judiciaire. On ne peut admettre qu'un article de polémique puisse être considéré comme un acte administratif, par cela seul qu'il a été inséré dans un journal destiné à recevoir des publications officielles. Et quand bien même la diffamation serait contenue dans un acte administratif, du moment où l'on peut, sans apprécier l'acte administratif en lui-même, rechercher si cet acte contient un délit de diffamation, les tribunaux judiciaires sont compétents pour en connaître. Si, réellement, il y a diffamation, ils punissent le délit fait personnel de l'administrateur, tout en laissant subsister l'acte administratif auquel il leur est interdit de porter atteinte. Cette doctrine était celle de la commission provisoire, comme le prouve l'arrêt du 7 mai 1871 (Engelhard). Le tribunal des conflits n'a pas

renversé cette jurisprudence. La décision que nous venons de critiquer s'applique à un cas tout spécial : on a classé parmi les actes administratifs un acte qui ne méritait aucunement cette classification.

Généralisant les diverses espèces que nous venons de passer en revue afin d'arriver à fixer la jurisprudence définitive du tribunal des conflits, nous dirons que le décret du 19 septembre 1870, en abrogeant l'art. 75 de la constitution de l'an VIII, a eu pour effet de permettre à l'autorité judiciaire de statuer sans entrave sur les délits et les fautes imputés à des fonctionnaires publics et constituant des faits qui leur étaient personnels. Mais le décret de 1870 n'a pas abrogé la règle par laquelle les tribunaux judiciaires ne peuvent connaître des actes administratifs ; pour soutenir qu'on a introduit une telle innovation, il faudrait produire un texte absolu, précis : tel n'est pas le décret de 1870.

Ainsi fixée, la doctrine du tribunal des conflits ne mérite pas le reproche qui lui a été fait de ne tenir aucun compte du décret de 1870 et de rétablir, au profit des fonctionnaires publics, une garantie analogue à celle que leur assurait l'art. 75. En effet, outre que l'autorité judiciaire est toujours compétente pour connaître des faits personnels reprochés aux administrateurs, dans

les cas où elle est obligée de se dessaisir, c'est à la suite d'une appréciation, par voie contentieuse, de la nature de l'acte incriminé; et les tribunaux ne sont plus jamais tenus de surseoir à statuer en attendant une autorisation qui rentrerait dans le pouvoir discrétionnaire de l'administration.

Il n'est pas douteux que l'art. 75 avait une corrélation étroite avec le principe de la séparation des pouvoirs, et qu'il avait été établi pour en assurer dans certains cas l'exacte application. Mais, dans la pratique, cet article entraîna des abus, et, plus d'une fois, il servit à protéger le fonctionnaire, alors qu'il eût dû protéger seulement la fonction. Pour faire disparaître ces abus, les auteurs du décret du 19 septembre 1870 pensèrent qu'il était nécessaire de supprimer l'article qui les avait fait naître; mais l'art. 75 a seul disparu et le principe de la séparation des pouvoirs subsiste. Il subsiste privé seulement d'une de ses sanctions; mais il reste encore, pour en assurer l'exécution, la défense faite aux juges de connaître des actes administratifs, règle que nous avons déjà étudiée, et le conflit que nous allons étudier.

SECTION III. — *Conflits.*

§ 1^{er}. — *Généralités.*

Dans notre ancienne législation, la procédure du conflit n'était pas organisée comme elle l'est actuellement. Cela provenait de ce que la ligne de démarcation entre l'autorité judiciaire et l'autorité administrative était à peine esquissée. Lorsqu'il fallait résoudre les questions de compétence, ce soin appartenait au roi en son conseil. Le roi en son conseil revisait de sa pleine autorité tous les jugements; il réglait les compétences; il évoquait le fond; il cassait les arrêts des parlements; il posait la borne où il le voulait (1).

C'est ainsi qu'un arrêt du conseil du 18 décembre 1663 a cassé l'arrêt du parlement de Metz, par lequel il avait sursis à l'enregistrement d'un traité conclu entre Louis XIV et le duc de Lorraine. Voici comment l'arrêté du conseil était motivé : « Considérant qu'il n'appartient nullement aux officiers de ses cours de parlement ni autres de délibérer sur les traités que Sa Majesté fait avec des princes étrangers, ni d'entrer en

(1) Rapport de M. de Cormenin devant la commission chargée de préparer l'ordonnance de 1828.

aucune connaissance des motifs desdits traités, mais bien de les faire publier et tenir la main, en ce qui les concerne, à l'exécution d'iceux, suivant ce qui leur est ordonné par Sa Majesté, et que ce que les officiers du parlement ont entrepris en cette occasion est au-dessus du pouvoir de la cour et préjudiciable au service de Sa Majesté. A quoi étant nécessaire de pourvoir, Sa Majesté, étant en son conseil, a cassé, révoqué et annulé ledit arrêt (1). »

Le conflit, tel que nous le connaissons, est né durant la période révolutionnaire. Il fut institué pour faire prévaloir le principe nouveau dont la Constituante avait fait la base de toute notre organisation judiciaire et administrative. L'article 13 de la loi du 16 août 1790 décidait que les juges qui se rendraient coupables d'usurpation envers les actes ou les fonctionnaires administratifs, seraient punissables de forfaiture; mais nous avons déjà démontré que cette sanction ne pouvait être efficace dans tous les cas. La Convention, dans son omnipotence, jugea inutile de réglementer l'exercice du conflit; elle préféra annuler les jugements qui lui paraissaient entachés d'incompétence (2). Nous verrons bientôt

(1) Dareste, *la Justice administrative en France*, p. 211.

(2) Décrets du 22 prairial an II et du 1^{er} fructidor an III.

que la législation des conflits date de la loi du 24 fructidor an III.

Il y a conflit lorsque deux juges, n'étant pas d'accord sur leur compétence respective, se déclarent tous les deux compétents ou tous les deux incompétents, relativement à la même contestation. Dans le premier cas, le conflit est dit positif; il est négatif dans le second cas.

Il existe une autre division des conflits : ce sont tantôt des conflits de juridiction, tantôt des conflits d'attributions. Il y a conflit de juridiction quand le différend s'élève entre deux magistrats du même ordre, judiciaire ou administratif. Ce conflit ne touche en rien à la séparation des pouvoirs : il est tranché par l'autorité hiérarchique, et le dernier mot appartient soit à la Cour de cassation, soit au conseil d'État. Quand la lutte de compétence se produit entre deux juridictions d'ordre différent, il y a conflit d'attributions : c'est celui-ci que nous avons à examiner.

Lorsque le conflit d'attributions est négatif, c'est-à-dire lorsque l'autorité judiciaire et l'autorité administrative se déclarent l'une et l'autre incompétentes, il n'existe aucun danger pour la séparation des pouvoirs. Mais de ce conflit, s'il n'était pas réglé, résulterait pour les parties un déni de justice; c'est pourquoi il a fallu décider

quelle autorité serait chargée de résoudre la difficulté. Dans le silence de la loi, c'est à la jurisprudence qu'il appartient de déterminer la juridiction compétente : cette juridiction fut le conseil d'État. Par un arrêt du 24 décembre 1818, le conseil d'État annule à la fois un arrêt d'un conseil de préfecture et un arrêt de la cour de Poitiers qui se déclaraient incompétents sur la même affaire. Le conseil d'État s'attribuait ainsi le droit de résoudre les conflits négatifs d'attributions, considérant sans doute que c'était là une conséquence de la loi qui lui avait conféré le soin de régler les conflits positifs. Sa décision fut confirmée par l'ordonnance royale du 12 décembre 1821. L'art. 8 de cette ordonnance est ainsi conçu : « En ce qui concerne les règlements de juges entre l'administration et les tribunaux, qualifiés de conflits négatifs, il y sera procédé comme par le passé. » L'ordonnance de 1828 ne s'occupe point des conflits négatifs ; le règlement de ces conflits appartient au conseil d'État jusqu'à la création d'un tribunal spécial pour juger les conflits positifs d'attributions, à qui on attribua également les conflits négatifs (1).

Nous n'avons pas à nous préoccuper davan-

(1) Titre III du règlem. du 26 octobre 1849 ; art. 27 de la loi du 24 mai 1872.

tage de ce mode de conflit où l'intérêt privé se trouve seul en jeu. D'ailleurs, les conflits négatifs sont rares, surtout si on les compare aux conflits positifs : de 1861 à 1865, le conseil d'État n'a eu à se prononcer que sur dix conflits négatifs (1).

Les conflits positifs d'attributions sont à la fois plus nombreux et plus intéressants : établis dans un intérêt d'ordre social, ils représentent la sanction la plus efficace du principe de la séparation des pouvoirs. Dans cette étude des conflits, nous passerons rapidement sur tout ce qui touche à la forme, à la procédure, ce qui ne présente en notre matière qu'un intérêt secondaire. Nous aurons principalement à rechercher en quelles matières le conflit peut être élevé, quelle est l'autorité compétente pour statuer.

C'est en l'an III que se place la loi organique des conflits positifs d'attributions. Par une loi d'ordre du jour du 16 fructidor an III, la Convention avait défendu de nouveau aux tribunaux de connaître en aucune façon des actes d'administration. Reconnaissant que les peines édictées par la loi n'étaient pas toujours suffisantes pour assurer l'exacte application de la règle, elle rendit la loi du 21 fructidor an III. L'art. 27 de cette loi contient la disposition suivante : « En cas de

(1) Aucoc, *Conférences*, t. I, p. 561.

conflit d'attributions entre les autorités judiciaire et administrative, il sera sursis jusqu'à la décision du ministre, confirmée par le Directoire exécutif, qui en référera, s'il est besoin, au Corps législatif. » M. de Cormenin, dans le rapport qu'il présenta à la commission chargée de préparer l'ordonnance de 1828, dit qu'il n'y a pas d'exemple de référé au Corps législatif pour la décision du conflit. Cette assertion n'est pas rigoureusement exacte; car on peut citer un exemple de référé législatif. Le 2 prairial an V, le Directoire adressa un message au conseil des Cinq-Cents relativement à un conflit élevé entre l'administration de la marine et un juge de paix; et ce fut le 23 fructidor an VII que cette assemblée prononça sur le conflit (1). Nous devons faire remarquer que l'initiative du référé n'appartint pas au Directoire, mais qu'elle fut prise par le conseil des Cinq-Cents lui-même (2).

Le Consulat, en instituant le conseil d'État, rangea parmi ses attributions la solution des conflits. Nous lisons, en effet, dans l'art. 44 du règlement du 5 nivôse an VIII, que le conseil d'État a mission de prononcer sur les conflits qui

(1) Taillandier, *Commentaire sur l'ordonnance des conflits*, p. 3.

(2) Boulatignier, *Conflits*, n° 456.

peuvent s'élever entre l'administration et les tribunaux, sauf l'approbation du gouvernement.

Par l'arrêté du 13 brumaire an X fut réglementé l'exercice de ce droit. Dès qu'une question attribuée à l'autorité administrative était portée devant l'autorité judiciaire, le ministère public devait requérir le renvoi devant la juridiction compétente, et faire insérer ses réquisitions dans le jugement à intervenir. Le silence des parties ne pouvait couvrir l'incompétence du tribunal qui devait, de lui-même, se déclarer incompetent, car la séparation des pouvoirs tient à l'ordre public. Si le tribunal refusait le renvoi, le procureur devait en instruire le préfet, qui prenait alors un arrêté de conflit. L'arrêté de brumaire ne déterminait pas d'une manière précise les délais pour la présentation, la transmission et le règlement des conflits.

Une ordonnance du 12 décembre 1821, rendue pour compléter l'arrêté de l'an X, déterminait certaines règles sur la forme et l'instruction des conflits positifs. Elle s'occupait surtout de l'intervention des parties privées par voie d'observations, mais, en réalité, ne porta aucun remède à la plupart des abus qui existaient antérieurement. C'est ainsi qu'on vit des arrêts de conflit validés même après un arrêt définitif, pourvu que le délai du

pourvoi en cassation ne fût pas expiré (1). Pour justifier cette décision on disait que l'incompétence des tribunaux était d'ordre public et qu'elle pouvait être proposée en tout état de cause. Mais on violait un autre principe qui importe non moins à l'intérêt public ; le principe de l'autorité de la chose jugée. « Dans une société régulière la chose définitivement jugée est le dernier mot des contestations humaines ; elle couvre et purge tous les vices ; elle couvre et doit couvrir celui de l'incompétence comme tout autre (2). »

Cet abus n'est pas le seul qu'on puisse signaler à cette époque ; l'administration, avec cette arme du conflit, s'attribuait des affaires absolument étrangères à sa compétence. Le conseil d'Etat, sous prétexte qu'elles se rattachaient à une question d'impôts, attirait à lui presque toutes les questions électorales (3).

En présence de tels abus, les protestations s'élevaient nombreuses, et, sous le ministère Martignac, on reconnut nécessaire de les examiner. Par un arrêté du 16 janvier 1828, le garde des sceaux, M. Portalis, nomma une commission composée

(1) Décret du 6 janvier 1814.

(2) Reverchon, *Dictionnaire de Block*, voir *Conflit*.

(3) Discours du duc Decazes devant la Chambre des pairs, le 18 juin 1828.

de MM. Henrion de Pansey, Allent, Cuvier, Jacquinet de Pampelune, Zangiacomi, de Cormenin, Agier, Lepoitevin, Delacroix-Frainville ; on y adjoignit plus tard M. Taillandier, qui fut nommé secrétaire (1). Cette commission avait pour objet : 1° d'examiner suivant quelles règles et quelles formes et dans quelles limites le droit de revendiquer les affaires dont la connaissance appartient à l'administration, soit en vertu des lois qui ont réglé ses attributions, soit en vertu de lois spéciales, pouvait et devait être exercé, aux termes des lois existantes, par les agents du gouvernement ; 2° de proposer et rédiger, s'il y avait lieu, les dispositions réglementaires qui pourraient paraître nécessaires et utiles pour maintenir l'autorité de la chose jugée et la compétence des tribunaux, sans porter atteinte à l'indépendance de l'action de l'administration.

Dans son rapport, M. de Cormenin trace d'une façon remarquable l'historique des conflits. Examinant les procédés du Directoire, il montre « combien un gouvernement faible et par conséquent tyrannique peut abuser de cet instrument contre la liberté des citoyens et la sûreté des propriétés ». Puis il énumère les abus qui se sont perpétués sous les régimes qui ont suivi le Direc-

(1) Il a publié un commentaire sur l'ordonnance de 1828.

toire et les réformes proposées par la commission.

§ 2. — *Autorité chargée de juger les conflits d'attributions.*

La commission eut à décider quel serait le juge des conflits. Un membre proposa de déférer le règlement des conflits à la Cour de cassation. Cette proposition fut combattue par Cuvier : son discours est relaté en entier dans le commentaire de M. Taillandier (1). Nous ne citerons que la première phrase, qui indique bien le caractère de la thèse soutenue par l'éminent conseiller d'Etat. « Le conflit, dit-il, est le moyen accordé au pouvoir amovible et responsable pour se défendre contre le pouvoir inamovible et irresponsable. » Il nous semble que le conflit ne devrait pas être ainsi compris : son but doit être d'assurer au même titre l'indépendance de l'autorité administrative et de l'autorité judiciaire. Il nous faut néanmoins reconnaître que la doctrine développée par Cuvier pouvait s'appuyer à bon droit sur les précédents historiques et notamment sur les travaux de l'Assemblée constituante. La commission, se rangeant à l'opinion de Cuvier, pensa

(1) Taillandier, *Commentaire*, p. 106 et s.

qu'il fallait laisser au pouvoir exécutif le soin de régler les conflits.

Lorsque les travaux de cette commission furent terminés, le gouvernement rendit l'ordonnance du 1^{er} juin 1828, qui est restée la base de notre législation. Il eût été préférable que le législateur intervînt dans une matière aussi importante, d'autant plus que, par une discussion publique, bien des points obscurs auraient pu être élucidés, beaucoup d'autres questions auraient pu être étudiées. En 1836, on présenta à l'Assemblée générale du conseil d'Etat un projet pour convertir en loi la plupart des dispositions contenues dans l'ordonnance de 1828; mais ce projet ne fut pas soumis aux chambres.

Une importante modification fut apportée à la législation en vigueur par l'article 89 de la constitution de 1848, décidant que les conflits d'attributions entre l'autorité administrative et l'autorité judiciaire seraient réglés par un tribunal spécial composé de membres de la Cour de cassation et de conseillers d'Etat, désignés tous les trois ans en nombre égal par leur corps respectif, et que ce tribunal serait présidé par le ministre de la justice. Le règlement d'administration publique du 26 octobre 1849 et la loi du 4 février 1850 organisèrent ce tribunal et réglèrent les formes de procéder devant lui.

L'innovation introduite était parfaitement logique. Le conflit étant une lutte entre les dépositaires du pouvoir administratif et les dépositaires du pouvoir judiciaire, il faut pour le trancher une autorité qui puisse s'imposer aux uns et aux autres. Longtemps ce fut le chef de l'Etat au nom duquel se rendait la justice, ordinaire ou administrative, déléguée ou retenue. Mais le jour où l'on eut supprimé la justice retenue, on pensa qu'il valait mieux ne laisser aucune juridiction au chef du pouvoir exécutif. D'un autre côté, le conseil d'Etat ayant un pouvoir de décision propre en matière contentieuse, on ne pouvait lui accorder de trancher, seul, une contestation dans laquelle il se trouvait être une des parties en cause. Le seul juge possible était un tribunal commun à l'une et l'autre des autorités en conflit. C'est dans ce but qu'on créa un tribunal mixte, où prirent place en nombre égal les représentants du tribunal le plus élevé soit de l'ordre judiciaire, soit de l'ordre administratif.

Si l'idée était juste, l'application en fut moins heureuse. M. Batbie (1) adresse des critiques méritées à l'institution telle que l'organisa la loi de 1850. Le tribunal le plus souvent se trouvait partagé en deux camps et les quatre voix de la Cour

(1) Batbie, liv. c., t. VII, p. 390.

de cassation tenaient en échec les quatre suffrages du conseil d'Etat; c'était alors le ministre départiteur qui rendait l'arrêt. Par suite la jurisprudence était exposée, sur les questions de compétence, à des variations ministérielles, si fréquentes même sous les gouvernements absolus et si brusques sous le régime parlementaire. « Si, en fait, ajoute-t-il, l'inconvénient que je viens de signaler ne s'est pas produit, il faut l'attribuer plutôt au bon sens et à la modération des ministres qui ont présidé le tribunal qu'à la bonté de l'institution. »

Quand, en 1872, on s'occupa de réorganiser le tribunal des conflits, il fut permis d'espérer qu'on tiendrait compte de ces justes critiques, surtout lorsque la commission eut choisi pour rapporteur celui-là même qui les avait émises. M. Batbie songea, en effet, à placer entre les conseillers d'Etat et les conseillers à la Cour de cassation un personnage plus stable qu'un personnage politique, afin d'assurer autant que possible la permanence des solutions (1). Il proposait en conséquence de composer ainsi le tribunal : trois conseillers d'Etat en service ordinaire élus par les conseillers d'Etat en service ordinaire, trois conseillers à la Cour de cassation nommés par leurs

(1) *Journal officiel* du 19 février 1872.

collègues, trois membres désignés par l'Assemblée nationale au scrutin secret et à la majorité absolue ; en outre, la présidence était enlevée au garde des sceaux pour être confiée à un membre du tribunal choisi par ses collègues.

Ce projet fut vivement attaqué (1). On faisait observer que le législateur ne devait pas intervenir dans la composition d'un corps judiciaire. Cette objection était juste ; mais on aurait pu confier aux six membres élus par le conseil d'Etat et la Cour de cassation le droit de se compléter par l'adjonction de trois autres personnes. La commission tint compte de l'objection. Elle alla même plus loin dans la voie des concessions et revint à l'idée de faire présider le conflit par le garde des sceaux (2). Seulement, au lieu de désigner comme président, en son absence, le ministre de l'instruction publique, elle pensa qu'il fallait laisser les membres du tribunal nommer eux-mêmes un vice-président. Les propositions de la commission devinrent l'article 25 de la loi du 24 mai 1872.

Le tribunal des conflits fut par suite composé du garde des sceaux, président, de trois conseillers d'Etat et de trois conseillers à la Cour de

(1) Voir le discours de M. Gaslonde au *Journal officiel* du 24 mai 1872.

(2) Rapport supplémentaire au *Journal officiel* du 29 mai 1872.

cassation élus par leurs collègues, de deux juges et de deux suppléants nommés par la majorité des autres membres. Ces magistrats, élus pour trois ans et indéfiniment rééligibles, choisissent eux-mêmes un vice-président. Enfin, pour que ce tribunal puisse valablement délibérer, il faut que cinq membres au moins assistent aux séances.

Nous n'adresserons qu'un reproche à cette loi : il est regrettable que la commission, désavouant sa première doctrine, ait confié au garde des sceaux la présidence du tribunal des conflits. Membre de l'administration active, personnage politique, présente-t-il les garanties d'impartialité sans lesquelles il n'y a pas de vrai magistrat ?

§ 3. — *En quelles matières le conflit peut-il être élevé ?*

Dès maintenant nous savons comment est organisé le tribunal des conflits et nous pouvons rechercher quelles sont les affaires qui sont portées régulièrement devant lui. Le législateur n'avait posé nulle part un principe général. De là étaient nés de nombreux abus auxquels l'ordonnance de 1828 s'efforça de remédier.

Pour justifier le conflit, l'incompétence de l'autorité judiciaire ne suffit pas ; il faut encore que l'autorité administrative soit compétente.

C'est une conséquence de la nature du conflit : alors seulement il y a lutte entre les deux autorités. Cette opinion est confirmée par l'article 9 de l'ordonnance de 1828, portant que l'arrêté par lequel le préfet élèvera le conflit revendiquera la cause. C'est pour cela aussi que le conseil d'État a annulé des conflits élevés par des préfets dans des cas où, suivant eux, les conseils de préfecture avaient outrepassé leurs pouvoirs (1). Par trois arrêts du 15 juillet 1832, le conseil d'État a décidé que les préfets ne pouvaient pas élever le conflit devant les jurys de revision, parce que ces jurys n'étaient que des autorités administratives substituées par la loi du 22 mars 1831 aux conseils de préfecture avec des pouvoirs plus étendus. A plus forte raison, il est interdit d'élever le conflit pour revendiquer, au profit d'une juridiction de l'ordre judiciaire, la compétence usurpée par un autre tribunal du même ordre. Ainsi, lorsqu'un tribunal de première instance prétend fixer une indemnité, tandis que ce droit appartient au jury d'expropriation, le conflit d'attributions n'est pas admissible (2).

L'ordonnance de 1828, par son art. 1^{er}, dispose qu'à l'avenir le conflit ne sera jamais élevé en

(1) Ordonnances du 6 septembre 1820 et du 24 mars 1832.

(2) Décrets du 15 décembre 1853 et 12 mars 1863.

matière criminelle. Rarement le conflit avait été employé au criminel ; toutefois, le Directoire n'avait pas craint d'en faire usage. Il en avait même usé de la façon la plus arbitraire : la question de savoir si l'on était émigré, prêtre déporté, chouan, déserteur, embaucheur ou espion, susceptible d'être arrêté ou condamné à mort, était jugée par l'administration (1). Il était indispensable de prévenir le retour de semblables abus. C'est aux magistrats de l'ordre judiciaire, seuls, qu'il appartient de statuer sur la liberté et la vie des citoyens.

Il peut cependant, devant les tribunaux criminels, se présenter des questions préjudicielles rentrant dans la compétence administrative ; mais on a voulu à ce point éviter, en matière criminelle, les usurpations de l'autorité administrative, qu'on a toléré l'examen de ces questions préjudicielles par l'autorité judiciaire. Il n'en résulte pas que les magistrats de cet ordre soient nécessairement compétents pour résoudre ces questions ; mais on ne peut, à l'aide du conflit, les contraindre à différer leur jugement jusqu'à ce que l'autorité administrative ait tranché la question préjudicielle. C'est à eux seuls qu'il ap-

(1) Sirey, *Du Conseil d'Etat selon la Charte*, n° 139 ; rapport de M. de Cormenin.

partient de reconnaître leur incompétence sur des questions du ressort de juridictions administratives qui se présenteraient dans le cours d'un débat criminel. Sans doute, c'est leur devoir d'agir ainsi ; mais l'administration ne dispose d'aucune arme pour les contraindre. La Cour de cassation n'a, du reste, pas hésité à faire respecter les limites de compétence entre les deux autorités : par un arrêt du 15 juillet 1849, elle a annulé la décision d'un conseil de guerre qui se reconnaissait compétent pour juger un comptable poursuivi pour dilapidation des deniers publics, sans qu'il eût été préalablement décidé par l'autorité compétente si ce comptable était reliquataire dans les comptes de sa gestion (1).

Il importe de bien fixer le sens de la restriction contenue dans l'art. 1^{er}. Ne comprend-elle que l'action publique tendant à faire prononcer une peine? S'étend-elle à l'action civile dont le but est d'obtenir une réparation pécuniaire, c'est-à-dire des dommages-intérêts? Nous croyons à la possibilité d'élever le conflit contre l'action civile. Alors même qu'une action civile est jointe à l'action publique en matière criminelle, cette action civile ne constitue pas pour cela une matière cri-

(1) Lorsque l'autorité administrative eut examiné les comptes, elle reconnut que le comptable, loin d'être en débet, se trouvait en avance, *Boulatignier*.

minelle, et les dispositions exceptionnelles de l'art. 1^{er} ne doivent pas faire obstacle à l'application des règles ordinaires sur la compétence. Notre solution est la même si la partie qui se prétend lésée par un acte criminel d'un agent administratif intente, à ce sujet, une action civile principale (1). Les rédacteurs de l'ordonnance voulaient enlever à l'administration la faculté de réclamer la connaissance d'un crime ; ils ne pensaient donc qu'à l'action publique. Pour s'en convaincre, il suffit de lire cette phrase de M. Taillandier : « Dans un procès criminel, il ne saurait y avoir lieu à conflit, car c'est uniquement sur la plainte de l'administration que la chambre des mises en accusation, et ensuite la cour d'assises, peuvent être saisies. Si l'administration ne se plaint pas, l'action criminelle n'est pas exercée (2). »

L'art. 2 de l'ordonnance régleme la faculté d'élever le conflit en matière correctionnelle. Cet article est ainsi conçu : « Il ne pourra être élevé de conflit en matière de police correctionnelle que dans les deux cas suivants : 1^o lorsque la répression du délit est attribuée, par une disposition

(1) Ordonn. du 9 février 1847 (Legat). Ce système a été soutenu par Serrigny, I, 232 ; Bathie, V, 393 ; Aucoc, I, 547 ; Foucart, III, 681. *Contra*, Chauveau, I, 243.

(2) Taillandier, liv. c., p. 119.

législative, à l'autorité administrative ; 2^o lorsque le jugement à rendre par le tribunal dépendra d'une question préjudicielle dont la connaissance appartiendrait à l'autorité administrative en vertu d'une disposition législative. Dans ce dernier cas, le conflit ne pourra être élevé que sur la question préjudicielle. » Le principe est donc que le conflit ne peut pas être élevé en matière correctionnelle, à moins d'un texte de loi précis.

Le premier cas prévu par l'art. 2 est celui où une disposition législative attribue à l'autorité administrative la connaissance de tel ou tel délit. C'est ainsi que toutes les contraventions en matière de grande voirie donnent lieu à des poursuites devant le conseil de préfecture (1). Mais la jurisprudence n'a pas reconnu une compétence absolue aux conseils de préfecture : ils peuvent appliquer les peines pécuniaires et doivent en référer aux tribunaux pour l'application des peines corporelles (2).

Quant au second cas, voici l'hypothèse qu'il prévoit : si des entrepreneurs ou des ouvriers, employés à l'exécution de travaux publics, sont cités en police correctionnelle soit pour blessures,

(1) Loi du 29 floréal an X, art. 4.

(2) Décrets du 23 avril 1807 et du 2 février 1808 ; ordonn. du 16 juillet 1817.

soit pour homicide par imprudence, et s'ils objectent qu'ils n'ont fait que se conformer à la désignation du cahier des charges, quand le jugement dépend de l'examen de cette question préjudicielle, elle doit être tranchée par l'autorité administrative (1).

C'est en nous appuyant sur cet art. 2 que nous pouvons résoudre une controverse sur la question de savoir si le conflit peut être élevé devant les tribunaux correctionnels pour revendiquer la connaissance des délits de droit commun, par exemple du délit de diffamation, émanés des corps municipaux. Cette question a divisé le conseil d'État et la Cour de cassation. Le conseil d'État soutenait l'affirmative (2), en se fondant sur l'art. 60 de la loi des 14-22 décembre 1789 sur la constitution des municipalités. Cet article est ainsi conçu : « Si un citoyen croit être personnellement lésé par quelque acte du corps municipal, il pourra exposer ses sujets de plainte à l'administration ou au directoire du département, qui y fera droit sur l'avis de l'administration de district qui sera chargée de vérifier les faits. »

(1) Cass., 16 avril; conseil d'Etat : ordonn. du 23 avril 1840 (Sauphar), du 30 avril 1847 (administration des forêts c. Devilliers).

(2) Ordonn. 11 février 1842 (Dessany); 29 juin 1847 (Fabrique d'Aijonac); 11 avril 1848 (Carité).

Nous pensons que le recours dont parle l'art. 60 est un recours par la voie gracieuse devant l'autorité administrative supérieure. Cela semble résulter des termes mêmes du texte : « Il pourra exposer ses sujets de plainte à l'administration » ; termes que vient fortifier l'art. 61, permettant la poursuite devant les tribunaux, sous la condition d'une autorisation préalable. Il est donc manifeste que, tandis que l'art. 61 prévoit le recours par la voie contentieuse, l'art. 60 prévoit seulement le recours par voie gracieuse ; dès lors, l'argument tiré de cet article, et qui formait la base de la jurisprudence du conseil d'État, est sans valeur.

La Cour de cassation avait, par de nombreux arrêts, adopté la doctrine que nous soutenons, contrairement à celle du conseil d'État (1). Cette jurisprudence a été également suivie dans deux décisions (2) de la commission provisoire qui, en 1870, remplaça le conseil d'État. Depuis cette époque, le tribunal des conflits s'est prononcé dans le même sens (3) ; de telle sorte que l'ancienne jurisprudence du conseil d'État se trouve complètement abandonnée.

(1) Cass., 17 mai 1845, 28 juin 1861, 22 janvier 1863.

(2) Arrêt du 7 mai 1871 (Taxil) ; 18 mai 1872 (Bornier).

(3) Arr. 28 décembre 1878, 13 décembre 1879.

L'art. 3 décide que le conflit ne pourra pas être élevé dans certains cas où l'on a négligé de remplir les formalités préliminaires exigées par la loi. Voici le texte de cet article : « Ne donneront pas lieu au conflit : 1° le défaut d'autorisation, soit de la part du gouvernement, lorsqu'il s'agit de poursuites dirigées contre ses agents, soit de la part du conseil de préfecture, lorsqu'il s'agira de contestations judiciaires dans lesquelles les communes ou les établissements publics seront parties; 2° le défaut d'accomplissement des formalités à remplir devant l'administration préalablement aux poursuites judiciaires. »

Il est facile de comprendre pourquoi le conflit est prohibé dans ces différents cas. Les formalités omises ne constituent, en effet, que des mesures de protection : leur absence peut faire naître une exception ; mais elle ne suffit pas pour rendre, quant au fond, l'affaire administrative.

Ayant examiné les cas dans lesquels l'ordonnance de 1828 a restreint le droit pour l'administration d'élever le conflit, nous devons rechercher maintenant quelles sont, dans les matières les plus importantes qui touchent au droit civil et au droit administratif, les questions qui ne doivent pas être revendiquées à l'encontre de l'autorité judiciaire.

Il n'y a aucune difficulté quand le législateur a

édicte des dispositions précises ; mais la question devient délicate lorsque, dans le silence des textes, on recherche quelles sont, sur ce point, les conséquences du principe de la séparation des deux autorités.

L'autorité judiciaire a soutenu dans quelques jugements que le droit commun devait s'appliquer à l'administration, au point de vue du fond, du moment qu'un texte spécial n'y avait pas expressément dérogé. Dès lors, les tribunaux civils auraient été compétents, à défaut de texte contraire, pour statuer sur tous les litiges relatifs à la propriété, aux contrats et quasi-contrats, aux délits et quasi-délits, que l'administration fût ou non en cause. Cette doctrine, en contradiction avec le principe de la séparation des pouvoirs, n'a jamais été admise par la Cour de cassation.

Comme il est impossible de poser un principe général, des difficultés se produisent sur presque toutes les matières, notamment sur celles qui sont, sans conteste, de la compétence de l'une des deux autorités.

Sans prétendre épuiser ce sujet, nous allons étudier quelques-unes des questions les plus importantes réservées à la compétence judiciaire.

1. *Questions de propriété.* — En principe, l'autorité administrative est incompétente toutes les

fois qu'il s'agit d'une question de propriété prenant son origine dans un titre privé (1). Certains textes contiennent une attribution formelle; c'est ainsi que les art. 8 et 9 de la loi du 28 août 1792 renvoient aux tribunaux les réclamations relatives aux biens communaux. Mais c'est surtout en l'absence des textes que la question est importante.

Les décisions de la jurisprudence abondent. Dans un arrêt du 8 juillet 1807, le conseil d'État s'exprimait ainsi : « Considérant que les questions de propriété entre le gouvernement et les particuliers appartiennent, par le droit commun, à la juridiction des tribunaux, et que l'exception prononcée par l'art. 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII ne s'applique qu'aux contestations relatives aux ventes nationales... »

Dans un autre arrêt, du 20 juin 1837, le conseil d'État décidait que l'aliénation volontaire consentie par un conseil municipal et les contestations qui pouvaient résulter de cette aliénation devaient être soumises à la juridiction ordinaire des tribunaux. Il s'agissait d'une difficulté entre la ville de Paris et l'État. La jurisprudence serait la même si la question s'élevait entre deux communes ou une commune et un particulier (2).

(1) Nous laissons ainsi de côté les questions relatives aux ventes nationales.

(2) Voir ordonn. du 29 janvier 1839.

L'autorité judiciaire est compétente non seulement pour la vente elle-même, mais aussi pour les conséquences de la vente, telles que les demandes en garantie, en nullité.

Ce principe, en vertu duquel toutes les questions de propriété sont de la compétence de l'autorité judiciaire, comporte des exceptions.

Il appartient aux conseils de préfecture de prononcer sur le contentieux des domaines nationaux. Cette compétence s'explique par les conditions politiques au milieu desquelles on procéda à la vente des biens nationaux : le législateur voulut garantir les acquéreurs contre les réclamations des anciens propriétaires. D'autre part, il s'agissait d'interpréter un acte administratif, car ces ventes avaient été effectuées devant les administrations de district ou de département.

La compétence judiciaire se trouve également restreinte en ce qui concerne le partage des communaux. Le conseil de préfecture est compétent pour les contestations relatives au mode de partage, pour l'interprétation des actes de partage et pour l'exécution des conditions auxquelles sont soumis les usurpateurs de biens avant de devenir propriétaires (1). Les tribunaux civils sont

(1) Ordonn. du conseil d'Etat du 7 août 1816 et du 16 novembre 1835.

compétents pour toutes les contestations relatives à la propriété des communaux possédés par des particuliers qui fondent leur propriété sur un titre immémorial et non sur un partage. Cette distinction est établie, notamment, par un arrêt de cassation du 18 mars 1806.

Il faut bien, d'ailleurs, se garder de confondre les questions de propriété des communaux avec celles relatives au mode de jouissance. Le mode de jouissance étant réglé par l'autorité administrative, il lui appartient de connaître des difficultés qui s'élèvent à cette occasion.

S'agit-il de savoir dans quelle proportion deux communes ont droit à la jouissance de tels communaux? c'est affaire judiciaire (1). S'agit-il de savoir d'après quel mode cette jouissance sera réglée; si ce sera, par exemple, par feu ou suivant l'étendue des propriétés? c'est affaire administrative (2).

Quand un particulier élève contre la commune la prétention d'avoir une plus grande part de jouissance que celle qui lui est attribuée, il semble bien que les tribunaux judiciaires sont compétents, car il s'agit de trancher une question d'aptitude personnelle (3). La jurisprudence a

(1) Décr. 28 nov. 1809. Ordonn. 10 août 1825.

(2) Décr. 6 juin 1806.

(3) En ce sens, Chauveau, t. III, p. 377; *contra*, Serrigny, n° 1192.

varié sur ce point ; mais ses variations semblent tenir surtout à la diversité des moyens invoqués dans la demande. Quand c'est le domicile du demandeur qui est contesté, le tribunal civil est compétent, à moins, pourtant, que la fixation du domicile ne soit liée à une question de délimitation de commune ; alors, la compétence appartiendrait à l'autorité administrative.

Les questions de délimitation étant de la compétence de l'autorité administrative, tandis que les questions de propriété privée appartiennent à l'autorité judiciaire, les deux autorités peuvent se trouver en conflit sur un même point. Ainsi, dans le cas où l'autorité administrative fixe les limites d'un cours d'eau, tandis que le tribunal statue sur l'alluvion, comment concilier les deux compétences ? L'autorité judiciaire distinguait la délimitation administrative et la délimitation naturelle. Quand la délimitation administrative était plus éloignée que la délimitation naturelle, elle considérait le terrain comme frappé d'une expropriation indirecte et déguisée, et, sans porter atteinte à l'acte administratif en lui-même, résolvait le droit du particulier en une indemnité réglée par experts (1).

Dans la même hypothèse, le conseil d'État dé-

(1) Arr. 20 mai 1862.

cidait que la réclamation ne pouvait se produire que par la voie de l'excès de pouvoir. D'après lui, le préfet, du moment où il ne fixait pas la limite véritable, accomplissait de la sorte une expropriation, ce qu'il n'avait pas le droit de faire. C'est en ce sens que furent rendus les arrêts du 30 novembre 1869 (Pascal), du 7 mai 1871 (Gabouin) et du 13 mai 1872 (Patron).

La jurisprudence a été fixée par un arrêt du tribunal des conflits en date du 11 janvier 1873 (de Pâris-Labrosse). Le particulier peut toujours attaquer l'acte de délimitation pour excès de pouvoir. En outre, dans le but de protéger le droit de propriété, on tend à faire prédominer les appréciations de l'autorité judiciaire. Le tribunal des conflits accorde, en effet, aux tribunaux le droit de déclarer si le terrain a cessé, par le mouvement naturel des eaux, d'être susceptible de propriété privée, et de régler l'indemnité de dépossession dans le cas où l'administration maintiendrait une délimitation contraire aux déclarations de l'autorité judiciaire.

Les tribunaux sont compétents pour les actions possessoires, mais à la condition de ne pas porter atteinte à un acte administratif. Ils ne pourraient donc pas accorder à un particulier la possession de parcelles attribuées par le préfet à des chemins vicinaux par un arrêté d'alignement.

II. *Expropriation*. — Nous avons dit qu'en principe la propriété privée était protégée par l'autorité judiciaire contre les atteintes de l'administration. Mais, comme l'intérêt privé doit céder à l'intérêt général, le principe de l'inviolabilité de la propriété subit des exceptions. L'art. 545 du Code civil s'exprime ainsi : « Nul n'est tenu de céder sa propriété, si ce n'est pour cause d'utilité publique, et moyennant une juste et préalable indemnité. »

L'Assemblée constituante, s'emparant du principe de la séparation des pouvoirs, avait cru devoir laisser à l'autorité administrative seule le droit de déclarer l'utilité des travaux qui entraîneraient l'expropriation et celui de régler l'indemnité due au propriétaire dépossédé (1). La compétence de l'administration avait été maintenue par les lois du 28 pluviôse an VIII et du 16 septembre 1807.

A partir de la loi du 8 mars 1810, la propriété fut placée sous la protection de l'autorité judiciaire ; l'administration conserva seulement le droit de déclarer l'utilité publique.

Enfin, la loi du 22 juillet 1833, puis celle du 3 mai 1841, remplacèrent le tribunal par le jury d'expropriation pour le règlement de l'indemnité.

(1) Art. 4 de la loi des 7-11 septembre 1790.

Les droits de l'administration furent également restreints, en ce sens qu'une loi fut nécessaire pour déclarer l'utilité lorsqu'il s'agissait de travaux réputés importants.

Le jugement d'expropriation, d'après l'art. 20 de la loi de 1841, ne peut être attaqué que par la voie du recours en cassation, et seulement pour incompétence, excès de pouvoir ou vices de forme du jugement.

Si, après la décision du jury, il s'élève un débat sur le sens et la portée de cette décision, c'est à l'autorité judiciaire qu'il appartient d'en connaître, et l'arrêté préfectoral de cessibilité ne fait pas obstacle à l'interprétation judiciaire (1). Le jury d'expropriation tient la place de l'autorité judiciaire; en outre, il s'agit d'une dépossession : les tribunaux civils doivent donc être compétents.

Il se peut que l'administration s'empare d'un terrain sans avoir rempli les formalités nécessaires pour l'expropriation. A qui le particulier lésé peut-il s'adresser? Le conseil d'État a d'abord admis que l'autorité judiciaire pouvait être saisie d'actions possessoires et d'actions en revendica-

(1) Trib. des conflits, arrêts du 15 mars 1850 (Ajasson de Grandsagne); 7 février 1856 (chemin de fer du Nord); 11 décembre 1862 (Navarre).

tion (1), refusant aux tribunaux civils le droit d'accorder des dommages-intérêts ou d'ordonner la discontinuation des travaux.

A partir de l'année 1842, un changement s'opère dans la jurisprudence du conseil. Il permet à l'autorité judiciaire d'accorder des dommages-intérêts par l'ordonnance du 29 juin 1842 (Pannetier). Dans d'autres décisions (2), il lui permet même d'ordonner la discontinuation des travaux entrepris irrégulièrement. Sur un seul point, le conseil d'État a persisté à opposer des restrictions à la compétence judiciaire. Il ne reconnaît pas aux tribunaux civils le droit d'ordonner la destruction des travaux commencés par l'administration (3). En droit, les tribunaux devraient pouvoir ordonner la remise des lieux dans l'état primitif. Mais le conseil d'État a considéré que ce serait anéantir en pure perte des travaux utiles, puisque l'administration recommencerait les travaux aussitôt l'expropriation commencée; et il a pensé qu'il était d'intérêt général de ne pas imposer au Trésor des sacrifices inutiles.

III. *Occupation temporaire.* — L'administration

(1) Arrêt du 30 décembre 1841 (Baccher).

(2) Notamment décision du 12 mai 1877 (V^e Dodon).

(3) Arrêts du 25 mars 1852 (Mathieu); 27 mai 1865 (Ducruet) et la décision citée à la note 1.

peut s'emparer temporairement de terrains sans recourir à l'expropriation. Ce droit lui est reconnu par des arrêts de 1755 et de 1780. L'occupation prolongée indéfiniment équivaut à une dépossession, et c'est à l'autorité judiciaire qu'il appartient alors d'en apprécier les conséquences; sa compétence a été reconnue par l'ordonnance du 6 décembre 1844 (Gallas). Mais c'est à l'autorité administrative seule qu'il appartient d'apprécier si l'occupation est régulière ou si elle constitue une expropriation déguisée (1).

IV. *Dommages résultant des travaux publics.* — Il appartient aux conseils de préfecture, en vertu de l'art. 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII, de statuer sur les difficultés qui s'élèvent entre les entrepreneurs de travaux publics et l'administration, concernant le sens ou l'exécution des clauses de leurs marchés. Si le dommage était tel qu'il se transformât en une dépossession du propriétaire au profit de l'administration, c'est-à-dire en une expropriation, le pouvoir judiciaire serait compétent (2).

Mais il importe de ne pas confondre le dommage permanent et l'expropriation. C'est à tort

(1) Arrêt du 24 décembre 1845 (Dauphin).

(2) Tribunal des conflits, décision du 23 décembre 1850 (Martin-Merrier).

que les tribunaux civils ont voulu assimiler les dommages permanents à des expropriations partielles. Le conseil d'État et, après lui, le tribunal des conflits (1) ont fait triompher le principe de la compétence administrative en matière de dommage permanent. Une différence absolue existe entre ce dommage et l'expropriation : le dommage permanent suppose une altération continue dans la jouissance de la propriété ; mais il n'y a pas prise de possession par l'État.

Dans plusieurs circonstances, le conseil d'État n'a pas appliqué avec rigueur ce principe, d'après lequel l'autorité judiciaire est compétente seulement quand l'État est mis en possession. Afin d'assurer la manœuvre des deux volées mobiles d'un pont, l'administration avait fait raser les maisons voisines. On soutint que cette mesure constituait un dommage, et non une expropriation, parce que l'État n'acquerrait rien. Cette interprétation, si judaïque qu'elle paraisse, aurait pu, à la rigueur, être admise. Le conseil d'État ne l'admit pas, considéra cette dépossession comme une expropriation, et décida que le conseil de préfecture n'avait pas le droit de régler l'indemnité (2).

(1) 29 mars 1850 (Thomassin), 13 décembre 1872 (Trougnieu).

(2) Arrêt du 29 décembre 1860 (Letessier-Delaunay).

Il faut, d'ailleurs, pour que la compétence administrative existe, qu'il s'agisse d'un dommage résultant d'un travail public, détermination souvent difficile à faire. Le travail public peut se définir : celui qui est entrepris dans un but d'utilité publique par les divers organes des intérêts collectifs : État, départements, communes, établissements publics.

Dans l'exécution des travaux publics, des dommages peuvent être causés aux personnes. Quelle sera l'autorité compétente pour statuer? Le conseil d'État admit d'abord la compétence des conseils de préfecture, en s'appuyant sur la généralité des termes de l'art. 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII (1).

Vers 1865, une modification s'opère dans la jurisprudence du conseil. Il abandonne d'abord aux tribunaux les réclamations des ouvriers contre les entrepreneurs pour blessures dans le travail. Plus tard, il abandonne même les questions de dommages causés à des passants, en les considérant comme l'accessoire de la poursuite correctionnelle qui avait lieu (2).

Au texte formel de la loi de pluviôse an VIII, on opposait le texte qu'il avait eu pour but de

(1) Arrêt du 26 avril 1847 (V^e Brunet).

(2) Arrêts du 23 juillet 1868 (Nachon); 15 décembre 1865 (V^e Buchi).

remplacer ; l'art. 5 de la loi des 7-11 septembre 1790, qui ne prévoyait pas les dommages aux personnes.

Par l'arrêt du 19 décembre 1873 (Lambert), adoptant les conclusions du commissaire du gouvernement, le conseil d'État est revenu à son ancienne jurisprudence. Les conseils de préfecture sont donc compétents pour les dommages causés aux personnes aussi bien que pour les dommages causés aux propriétés.

V. *Etablissements insalubres*. — Quelle est l'autorité compétente pour fixer l'indemnité due à raison du dommage causé par un établissement insalubre autorisé ? La réponse se trouve dans l'art. 11 du décret du 15 octobre 1810. « Tous les établissements qui sont aujourd'hui en activité continueront à être exploités librement, sauf les dommages dont pourront être passibles les entrepreneurs de ceux qui préjudicient aux propriétés de leurs voisins ; les dommages seront adjugés par les tribunaux. » Cette disposition doit évidemment s'étendre aux établissements créés depuis le décret de 1810.

Il n'y a pas là confusion de pouvoirs. L'acte de l'administration qui autorise un atelier incommode ou insalubre n'est qu'une permission de police. Il ne s'occupe pas des droits privés des

parties, qui restent protégés par l'art. 1382 du Code civil. Par conséquent, les tribunaux, en appliquant cet article, ne critiquent en rien l'arrêté d'autorisation (1).

Le conseil d'État avait refusé aux tribunaux le droit d'apprécier la diminution de valeur que pourrait causer à des propriétés voisines la formation d'un établissement insalubre ou incommode, leur réservant seulement l'appréciation des dommages matériels (2). L'art. 11 du décret de 1810 ne contient rien qui justifie cette restriction, que, d'ailleurs, le conseil d'État nous semble avoir abandonnée par son arrêt du 9 juin 1859.

VI. *Contrats administratifs*. — Au premier rang se placent les marchés de fournitures qui offrent beaucoup d'analogie avec la vente. Il ne faudrait pas confondre ces marchés avec les marchés de travaux publics. La distinction est souvent délicate et se résume, en somme, en une question de fait.

Quand il y a travail sans fournitures ou fournitures sans travail, il n'y a pas de difficultés. Il en est différemment quand les deux choses se

(1) Arrêts de cassation, 11 juillet 1826 et 28 février 1848, conseil d'État, arr. 7 juillet 1849 (Dufour).

(2) Arrêts du 15 décembre 1824 (Lez); 27 décembre 1820 (Lebel).

confondent. Alors il faut rechercher en fait quel est celui des deux faits qui est le principal.

En ce qui concerne les marchés de fournitures passés par l'État, la compétence appartient au ministre, sauf appel devant le conseil d'État.

Pour les marchés passés par les départements, les communes et les établissements publics, aucun texte de loi n'en a attribué la connaissance à l'autorité administrative. La connaissance en a par suite été déferée aux tribunaux, car, en matière de contrat, l'autorité judiciaire est compétente en principe, toutes les fois qu'il ne s'agit pas de l'État agissant comme puissance publique.

C'est en vertu du même principe que les difficultés qui s'élèvent entre l'administration et les fermiers, à l'occasion de baux administratifs, sont renvoyées par le conseil d'État devant l'autorité judiciaire (1). Toutefois, en vertu de l'art. 2 de l'arrêté du 3 floréal an VIII, l'autorité administrative connaît des contestations que soulève la ferme des établissements d'eaux thermales.

VII. *État civil.* — Tout ce qui concerne l'état des personnes est réservé à l'autorité judiciaire, notamment les questions d'état civil. Pourtant ce principe comporte des restrictions. D'abord la

(1) Arrêt du 23 juillet 1823 (V^e Renard).

déchéance peut être déféré au ministre, puis au conseil d'État par la voie contentieuse. En cette matière, l'autorité judiciaire est incompétente.

Les contributions directes peuvent faire naître trois sortes de réclamations :

Il se peut que le contribuable ait éprouvé des pertes par suite d'événements extraordinaires, tels qu'une inondation ou un incendie. Dans ce cas, il peut s'adresser à l'administration pour solliciter une remise ou une modération de sa part contributoire : le préfet prononce sur cette demande, conformément au titre II de l'arrêté du 24 floréal an VIII. C'est un acte de juridiction gracieuse ; par suite, si le contribuable croit avoir à se plaindre de la décision préfectorale, il ne pourra s'adresser qu'au ministre. Nous n'insisterons pas sur ce premier mode de réclamation qui ne rentre pas dans notre sujet, et dont nous n'avons dit un mot que pour passer complètement en revue les diverses réclamations qui peuvent naître au sujet de la perception des impôts directs.

Mais si le contribuable prétend qu'il a été imposé à tort parce que son bien est situé dans une autre commune que celle où il a été imposé, parce qu'il a été taxé dans une commune où il n'a pas de domicile, ou s'il réclame une réduction, parce que le revenu de sa propriété a été taxé sur une base plus forte que les autres propriétés de la

commune, il s'agit là d'une véritable réclamation contentieuse, car on se trouve en présence d'un droit qui a été lésé : c'est au conseil de préfecture qu'il appartiendra de statuer. La compétence du conseil de préfecture s'explique par ce motif que les questions à résoudre impliquent l'examen et l'appréciation d'un acte d'administration spécial et individuel. Elle est formellement reconnue par l'art. 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII.

Si, en principe, le conseil de préfecture est compétent pour le contentieux des impôts directs, il est néanmoins certaines réclamations élevées à l'occasion de la perception qui doivent être tranchées par les tribunaux civils. Si le contribuable poursuivi soutient que les actes de poursuite sont irréguliers en la forme, les tribunaux civils auront à statuer sur la validité des actes de poursuite qualifiés d'actes judiciaires, et qui sont : le commandement, la saisie.

Les tribunaux sont également compétents pour se prononcer sur l'action civile en répétition intentée contre les percepteurs en vertu de l'article final de la loi de budget. Comme le demandeur réclame le remboursement de ce qu'il a payé, en se fondant sur ce que la contribution a été perçue sans qu'une loi ait autorisé cette perception, l'autorité judiciaire pourra apprécier librement la légalité de l'imposition.

On peut invoquer en ce sens un arrêt du conseil d'État du 14 décembre 1862 (Grelleau), qu'il convient d'analyser. Une imposition extraordinaire avait été perçue dans la commune de Garons en vertu d'un arrêté du préfet du Gard, du 7 décembre 1854, pour subvenir aux dépenses de construction d'une église nouvelle, dépenses qui, n'étant pas obligatoires, auraient dû être légalement autorisées par un décret impérial. Un contribuable de la commune assigna l'ancien percepteur devant le tribunal de Nîmes pour le faire condamner à lui restituer les sommes qu'il avait indûment payées, et à lui payer les intérêts de ces sommes, ainsi que des dommages-intérêts. Le préfet présenta un déclinatoire au tribunal pour lui demander le renvoi de l'affaire devant l'autorité administrative, qui statuerait sur la question préjudicielle de la légalité de l'imposition extraordinaire autorisée par arrêté préfectoral. Le déclinatoire se basait sur ce que l'autorité judiciaire n'était pas compétente pour apprécier la régularité d'un arrêté préfectoral, acte administratif. Malgré les conclusions du ministère public, le tribunal se déclara incompétent. Appel fut interjeté par le demandeur, et le préfet du Gard éleva le conflit devant la cour de Nîmes.

Le conseil d'État décida que l'action fondée

sur l'article final des lois annuelles du budget déroge, pour ce cas, aux règles destinées à maintenir la séparation des pouvoirs entre l'autorité administrative et l'autorité judiciaire; que, dès lors, il appartenait à celle-ci d'apprécier si l'action civile en répétition était fondée, sans que sa décision fût subordonnée à l'appréciation, par l'autorité administrative, des actes ayant servi de base à l'établissement de l'imposition.

Si nous recherchons pourquoi le conseil a admis cette dérogation au principe de la séparation des pouvoirs, nous trouvons les deux raisons suivantes, exposées par le commissaire du gouvernement. Les lois de finances rendues depuis 1814 ont voulu, à la fois, sauvegarder la prérogative essentielle du pouvoir législatif et mettre à l'abri de toute atteinte un des droits les plus précieux du citoyen : celui de ne payer l'impôt et les taxes publiques que conformément aux lois. Pour atteindre ce double but, le législateur n'a pas hésité à faire pencher la balance du côté de l'autorité judiciaire.

Un second argument se rencontre dans les conclusions prises par le commissaire du gouvernement. Rappelant que le conseil d'État, par un arrêt du 26 juillet 1854 (Laurentie), a reconnu aux conseils de préfecture le droit d'apprécier la légalité de l'impôt, comme conséquence néces-

saire de l'art. 4 de la loi de pluviôse an VIII, il demande s'il ne faut pas reconnaître le même droit au tribunal civil saisi de l'action en répétition. Si ce droit dérive pour le conseil de préfecture, à défaut d'un texte formel, de la nature des choses, pourquoi l'article final de la loi de finances ne contiendrait-il pas ce droit en germe aussi bien que l'art. 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII?

Se fondant sur ces motifs, le commissaire du gouvernement demandait l'annulation de l'arrêté de conflit pris par le préfet du Gard, et le conseil d'État reconnut la compétence judiciaire. La même solution se retrouve dans un arrêt du 21 octobre 1871 (Lacave-Laplagne-Barris). Dans l'espèce, un contribuable refusait de payer une imposition extraordinaire, réclamée en vertu d'un décret du 22 octobre 1870, rendu par le gouvernement de la Défense nationale, soutenant que l'imposition qui lui était réclamée n'avait pas de base légale, parce que le décret du 22 octobre 1870 ne pouvait équivaloir à une loi. L'arrêt, motivé comme le précédent, reconnaissait la compétence de l'autorité judiciaire.

Le trésor public jouit d'un privilège, conformément à l'art. 2 de la loi du 12 novembre 1808. Quand, pour justifier des poursuites exercées contre un individu autre que celui au nom duquel la contribution est inscrite, le percepteur se fonde

sur ce que l'individu poursuivi serait détenteur de fruits, loyers ou revenus des immeubles soumis à la contribution et affectés au privilège du trésor public, si l'individu poursuivi conteste ces allégations, il appartient à l'autorité judiciaire de fixer quelle est la qualité de l'individu poursuivi et la nature de ses rapports avec le contribuable, parce que ces questions ne peuvent être appréciées que suivant les formes et les règles du droit civil (1).

Il n'y a rien à dire en ce qui concerne les taxes établies au profit de l'État, des communes ou des établissements publics, et qui sont perçues dans la forme des contributions directes. Les règles de compétence sont, par suite, les mêmes.

Il existe des taxes établies pour subvenir aux dépenses occasionnées par des travaux d'intérêt collectif et qui sont supportées par les particuliers intéressés à ces travaux. Comme exemple de ces travaux, nous citerons ceux qui ont pour but le dessèchement des marais, les travaux de défense contre la mer, les fleuves et rivières, toutes les fois que ces travaux sont entrepris par une association syndicale autorisée ou, à son défaut,

(1) Arrêt du 3 avril 1856 (Vuillemot) ; dans le même sens arrêts du 19 février 1863 (de Calvière) et du 11 janvier 1865 (Gallut).

par l'État. Depuis la loi du 21 juin 1865, le conseil de préfecture statue aussi bien sur les difficultés qui naissent à l'occasion des opérations préliminaires de la formation des rôles que sur la répartition et la perception des taxes, conformément à l'art. 16.

Le contentieux des contributions indirectes appartient aux tribunaux civils, d'après l'art. 2 de la loi des 7-11 septembre 1790. Il semble que ce contentieux aurait dû appartenir aux conseils de préfecture, car l'administration chargée d'opérer le recouvrement des contributions indirectes représente l'intérêt général. Mais on a pensé que, le tarif étant écrit dans la loi, on pouvait laisser les tribunaux ordinaires faire l'application d'un texte de loi.

Toutefois, l'autorité administrative est compétente dans les contestations sur l'exactitude des prix de vente déclarés par le débitant, ou encore sur la quotité de la somme à payer à titre d'abonnement. Elle statue également sur les contestations qui peuvent s'élever entre les communes et les régisseurs de leur octroi, et sur les contestations relatives aux clauses des baux qui s'élèvent entre les communes et les fermiers des octrois. Sur ces difficultés, il appartenait autrefois au préfet de trancher le différend, après avoir pris l'avis du conseil de préfecture; depuis la loi

du 21 juin 1865, la solution est donnée par le conseil de préfecture.

Les tribunaux correctionnels sont seuls compétents pour prononcer sur les contraventions en matière d'octroi. C'est devant le juge de paix que sont portées les contestations civiles qui peuvent s'élever sur l'application du tarif ou sur la quantité des droits exigés par les receveurs, conformément à l'art. 1^{er} de la loi du 2 vendémiaire an VIII.

Sur ces deux points, il n'y a aucune difficulté. Mais on s'est demandé quelle était l'étendue de la compétence administrative pour les contestations s'élevant entre les communes et les fermiers des octrois sur *le sens des clauses des baux*. On a soutenu que l'art. 136 du décret du 17 mai 1809 n'avait pas pour effet de restreindre la compétence administrative aux questions d'interprétation du bail, car on ne pouvait comprendre pourquoi on aurait consacré, vis-à-vis des fermiers, une telle restriction, qui n'existait pas vis-à-vis des régisseurs intéressés. Dans ce système, l'autorité administrative est compétente pour toutes les contestations relatives aux rapports établis par le bail entre la commune et le fermier; et la réserve établie en faveur des tribunaux, n'ayant aucune portée, doit être considérée comme le résultat d'une inadvertance.

Dans un autre système, on restreint la compétence administrative aux contestations qui peuvent s'élever sur le sens des clauses des baux. L'art. 136 est trop précis; il établit une différence trop formelle entre les régisseurs intéressés et les fermiers pour qu'il soit permis de ne pas en tenir compte. D'ailleurs, la distinction que consacre cet article a sa raison d'être. La régie intéressée est un contrat *sui generis* spécial au droit administratif, et l'on comprend que les conseils de préfecture soient compétents d'une façon absolue. Au contraire, le bail à ferme est un contrat ordinaire : l'autorité administrative a le droit de connaître des contestations que soulève l'acte administratif; mais, pour le reste, l'autorité judiciaire est compétente.

Ce second système, qui tient compte du texte de l'art. 136, a été consacré par la jurisprudence du conseil d'État, notamment dans les arrêts du 12 avril 1829 (Delahaye-Bauruel) et du 17 septembre 1838 (Audiffren). En 1851 (1), le tribunal des conflits a décidé que c'était à l'autorité judiciaire, à l'exclusion de l'autorité administrative, qu'il appartenait de connaître d'une demande en indemnité formée contre une commune par le fermier de son octroi, à raison d'une modification

(1) Arr. du 8 novembre 1851 (Lombard).

des tarifs, lorsque le droit à une indemnité n'est pas contesté et que le litige porte uniquement sur la quotité de cette indemnité. Dans l'espèce, en effet, aucun débat ne s'élevait sur le sens des clauses du bail.

§ 4. — *Devant quelles juridictions le conflit peut-il être élevé?*

L'ordonnance de 1828 (1) prévoit que le conflit peut être élevé devant les tribunaux de première instance, ainsi que devant les cours d'appel. Elle ne s'occupe pas des autres juridictions. Dans le silence des textes la question a été controversée, notamment en ce qui concerne le juge des référés, les juges de paix et les tribunaux de commerce.

L'art. 908 du Code de procédure dispose que le président du tribunal est juge des référés, soit dans les cas d'urgence, soit lorsqu'il s'agit de statuer sur les difficultés relatives à l'exécution d'un titre exécutoire et d'un jugement. On a soutenu que le conflit ne pouvait pas être élevé, en s'appuyant sur le texte de l'ordonnance, qui semble ne permettre le conflit que devant les tribunaux de première instance et les cours d'ap-

(1) Art. 4 et 6.

pel. On faisait valoir, en outre, que cette procédure spéciale comporte une grande rapidité et qu'il n'existe pas, en cette matière, de ministère public, alors que la procédure du conflit en suppose nécessairement un. Tel n'a pas été l'avis du comité de législation du conseil d'État. Consulté par le ministre des travaux publics, il a émis, à la date du 3 mai 1844, un avis, aux termes duquel le conflit peut être régulièrement élevé devant le juge du référé. Cet avis fut ainsi motivé : « Considérant qu'il n'existe aucun obstacle à ce que le conflit soit élevé en référé ; que le président d'un tribunal de première instance, jugeant en référé, n'exerce pas une juridiction exceptionnelle ; qu'il exerce la juridiction ordinaire du tribunal dont l'autorité lui a été déléguée par la loi pour les cas d'urgence et l'exécution des titres parés ; que, dès lors, l'administration, quand elle est citée en référé, se trouve devant la juridiction où le préfet est autorisé à élever le conflit ; que rien ne s'oppose à ce que le procureur du roi assiste au référé ; qu'il doit y assister lorsque l'État est en cause, la généralité des art. 83 et 112 du Code de procédure civile comprenant les référés comme les causes ordinaires ; que le préfet devra, comme il le ferait devant le tribunal de première instance, adresser son déclinatoire au procureur du roi ; que le président sera tenu de statuer sur

le déclinatoire et d'ordonner lui-même, après l'arrêté de conflit, qu'il soit sursis à l'exécution ; que les délais de l'ordonnance du 1^{er} juin 1828, introduits dans l'intérêt des justiciables et comme maximum du temps laissé à l'administration pour revendiquer les questions qui lui paraissent de sa compétence, ne font pas obstacle à ce que le déclinatoire soit présenté et l'arrêté de conflit déposé au greffe le même jour, à ce que le préfet prenne connaissance de l'ordonnance sur minute..... » En présence d'un avis aussi fortement motivé, les arguments présentés par les partisans de l'opinion adverse perdent beaucoup de leur valeur. A dater de cette époque, la jurisprudence constante du conseil d'État ou du tribunal des conflits s'est établie dans le même sens (1).

Dans la première affaire, — 22 janvier 1867, — le commissaire du gouvernement, M. de Belbœuf, après avoir lu les art. 806 et suivants du Code de procédure, s'exprimait ainsi : « La juridiction du magistrat statuant sur le référé est une émanation du tribunal ; le juge du référé, c'est le tribunal lui-même ; la sentence sur référé dérive de la compétence même du tribunal. Pour

(1) 22 janvier 1867 (Pajot) ; 18 novembre 1869 (Mohamed-ben-Cheik). Tribunal des conflits : 14 novembre 1872 (Goulet) ; 11 janvier 1873 (Coignet).

quels motifs ne pourrait-on pas élever le conflit devant lui? Est-ce parce qu'il ordonne des mesures provisoires? Mais on court le risque d'opposer le constat judiciaire au constat administratif, et sans aucun avantage, puisque les constatations prescrites par le juge civil du référé n'ont devant l'autorité administrative ni autorité, ni valeur (1). » Ces conclusions, qui développaient et complétaient l'avis du comité de législation, furent sanctionnées par le conseil d'État.

Voyons, maintenant, si le conflit peut être élevé devant les tribunaux de commerce et devant les juges de paix. L'affirmative a été soutenue par MM. Foucart et Duvergier (2). S'il en était autrement, dit-on, certains tribunaux pourraient braver impunément les lois qui attribuent juridiction à l'autorité administrative. A cela, on objecte qu'aucune des formalités prescrites par l'ordonnance de 1828 (3) ne peut être observée devant ces juridictions. Il est impossible de suivre les formes et les délais prescrits par l'ordonnance, soit pour proposer le déclinaire, soit pour élever le conflit, soit pour le juger. Et c'est à dessein que l'ordonnance de 1828 est ainsi ré-

(1) Hallays-Dabot, année 1867, p. 90, note.

(2) Foucart, *Eléments de droit public et administratif*, t. III, p. 285. Duvergier, année 1828, p. 183 en note.

(3) Art. 6, 7, 12, 13, 14 et 17.

digée : après controverse relativement à la question qui nous occupe, la majorité de la commission a pensé que les cas dans lesquels les tribunaux de commerce ou les juges de paix prononcent sans appel présentaient un intérêt trop minime pour qu'il pût être nécessaire au gouvernement d'en attirer à lui la connaissance (1). Mais, si l'affaire est trop importante pour que le jugement soit rendu en dernier ressort, et si ce jugement est attaqué par voie d'appel, devant la juridiction nouvelle le conflit peut être élevé, puisqu'il existe un ministère public par l'entremise duquel le préfet peut remplir toutes les formalités exigées.

La question est plus difficile à résoudre en ce qui concerne le juge de paix statuant comme juge de simple police, parce que, devant cette juridiction, on rencontre un ministère public : ce rôle est rempli soit par les commissaires de police, soit par les maires ou adjoints (2). Mais, là encore, nous sommes en dehors des termes employés par l'ordonnance, qui suppose toujours un tribunal de première instance et un procureur du roi comme représentant du ministère public. D'ailleurs, est-il bien nécessaire d'accorder à

(1) Taillandier, p. 159.

(2) Art. 144 et 167 C. d'instr. cr.

l'administration cette arme si redoutable du conflit pour des affaires d'un intérêt si minime, puisque les amendes, restitutions et autres réparations civiles ne peuvent excéder cinq francs (1). Dans les autres cas, l'appel étant possible, le préfet pourra élever le conflit devant le juge d'appel.

Les considérations politiques qui justifient le conflit ne se rencontrent jamais ni devant les juges de paix, ni devant les tribunaux de commerce : ce ne sont pas des juges inamovibles, indépendants, formant un corps fortement organisé et dont les empiétements puissent constituer un danger pour l'autorité administrative. Les arrêtés de conflit pris devant ces juridictions doivent, par suite, être annulés. Cette doctrine a été admise par le conseil d'État, dont la jurisprudence est constante (2).

Le conflit ne peut donc être élevé d'une manière générale que devant les tribunaux de première instance et les cours d'appel, c'est-à-dire devant des magistrats inamovibles (3). Il peut encore être élevé devant les juridictions crimi-

(1) Art. 172 C. d'instr. cr.

(2) 12 janvier 1835 (Petitgars) ; 27 juin (Foullon) ; 16 juillet 1846 (Prost).

(3) Le juge des référés exerçant la juridiction ordinaire du tribunal, le conflit peut être élevé devant lui.

nelles sur l'action civile, devant les tribunaux correctionnels dans les deux cas prévus par l'art. 2 de l'ordonnance et sur l'action civile.

§ 5. — *Procédure du conflit.*

Avant l'ordonnance de 1828, aucun délai n'était fixé pour l'élévation du conflit. Il pouvait être élevé jusqu'au moment où l'affaire était irrévocablement jugée (1). Des arrêtés de conflit furent pris devant la Cour de cassation ; et l'on put voir ce tribunal suprême obligé de suspendre sa décision en présence d'un arrêté préfectoral (2). L'argument invoqué en faveur de cette extension démesurée du droit de l'administration était le suivant : il y a eu violation du principe de la séparation des pouvoirs, violation que le jugement n'a fait que consacrer et aggraver ; la séparation des pouvoirs tient à l'ordre public, contre lequel on ne prescrit pas. Pour arriver à faire respecter ce principe de la séparation des pouvoirs, on violait un autre principe, plus nécessaire encore à l'ordre public : le respect de la chose jugée, qui est la « sauvegarde et l'ancre de salut des sociétés civiles (3) ».

(1) Ordonn. du 4 septembre 1822 (Palmerini).

(2) Arrêt de la chambre des requêtes du 20 novembre 1823.

(3) Serrigny, t. I, p. 240.

La commission comprit quels dangers faisait courir à l'organisation sociale une telle doctrine, qui permettait de soulever à nouveau des contestations tranchées par un arrêt définitif. Elle demanda une réforme, que l'art. 4 de l'ordonnance vint réaliser. Cet article s'exprime ainsi : « Hors le cas prévu ci-après par le dernier paragraphe de l'art. 8 de la présente ordonnance, il ne pourra jamais être élevé de conflit après des jugements rendus en dernier ressort ou acquiescés, ni après des arrêts définitifs. Néanmoins, le conflit pourra être élevé en cour d'appel, s'il ne l'a pas été en première instance ou s'il l'a été irrégulièrement, après les délais prévus par l'art. 8 de la présente ordonnance. » Si l'on interprétait le texte à la lettre, on arriverait à soutenir que la première partie de cet article, ne prohibant le conflit qu'après les jugements rendus en dernier ressort, l'autorise après des jugements en premier ressort. Mais cette solution est inadmissible : lorsqu'on examine l'article dans son ensemble, il devient évident que les jugements en premier ressort ne peuvent être atteints par un arrêté de conflit qu'autant qu'il y a appel. Si donc aucune des parties ne juge à propos de former appel contre un jugement de première instance, le préfet aura les mains liées et ne pourra exercer aucune revendication au profit de l'autorité administrative.

Lorsque les parties laissent passer les délais d'appel sans agir, elles sont présumées acquiescer au jugement; cet acquiescement implicite doit avoir la même force qu'un acquiescement expresse : il n'y a plus de contestation, comment un conflit pourrait-il exister (1)?

Pour que le conflit ne puisse plus être élevé, il ne suffit pas que le jugement soit rendu en dernier ressort ou qu'il y ait soit un acquiescement, soit une transaction de la part des parties intéressées; il faut encore que ce jugement, cet acquiescement ou cette transaction porte sur le fond du procès. La chose jugée entre les parties, quant à la question de compétence, n'est pas opposable à l'administration, qui n'était pas en cause. Elle n'éteint pas le procès au fond. Par suite, il pourra arriver que le premier jugement rendu sur la compétence du tribunal, et passé en force de chose jugée, soit anéanti indirectement, par suite du déclinaire proposé par le préfet. Le tribunal pourra se déclarer incompétent après un nouvel examen nécessité par le déclinaire, et il y aura deux jugements contradictoires sur la même question de compétence et dans la même affaire. Quel est celui qui devra l'emporter? Le

(1) En ce sens, ordonn. 16 août 1832 (Lafont-Cavaignac); ordonn. 28 août 1844 (Abadie-Mounier).

second ; autrement, il serait inutile d'admettre la possibilité d'élever le conflit. Nous rencontrons là un exemple, heureusement rare, d'un cas où notre législation autorise l'anéantissement d'un jugement passé en force de chose jugée.

La règle, d'après laquelle l'administration ne peut exercer aucune revendication après les jugements ou arrêts définitifs rendus sur le fond, ne s'applique pas lorsque, malgré le déclinaire, l'autorité judiciaire a passé outre au jugement du fond. Ce jugement, rendu contrairement aux règles qui président à la séparation des deux autorités, doit être considéré comme nul et non avenu. Il ne produira qu'un seul effet : les juges qui l'ont rendu encourront l'amende prévue par l'art. 128 du Code pénal.

Si un jugement ou un arrêt définitif est cassé par la Cour de cassation, le conflit peut être élevé devant le tribunal ou la cour à qui l'affaire est renvoyée. La décision des premiers juges ayant été réduite à néant, il est vrai de dire que le litige renaît comme si jamais il n'avait été tranché (1).

L'ordonnance de 1828 ne se borne pas à limiter l'exercice du conflit ; elle trace aussi les formes et la mise en action du droit de revendication accordé à l'administration. C'est ainsi qu'un seul

(1) Ordonn. du 19 mars 1847 (André).

fonctionnaire de l'ordre administratif, le préfet, peut prendre un arrêté de conflit. Au début, le conflit pouvait s'établir de quatre manières : soit par la revendication formelle des administrations centrales, soit par leur défense d'obtempérer au jugement des tribunaux, soit par la contrariété des décisions administratives et judiciaires, soit par la dénonciation des procédures et jugements au ministre de la justice (1). L'arrêté des consuls du 13 brumaire an X mit fin à cette confusion : il investit les préfets du droit d'élever le conflit comme représentants de l'administration. Toutefois, cet arrêté n'étant pas conçu en termes limitatifs, le conseil d'État admit encore peu après la validité de conflits élevés par des conseils de préfecture (2); mais il revint bientôt à une interprétation plus juste du texte, et, longtemps avant l'ordonnance de 1828, il affirma par une jurisprudence constante que le préfet était seul compétent pour élever le conflit (3).

L'art. 5 de l'ordonnance et les articles qui suivent ont reproduit, en la précisant, la disposition contenue dans l'arrêté de brumaire. Cependant, dans les discussions de la commission, on avait

(1) Rapport de M. de Cormenin.

(2) De Cormenin, t. I, p. 442.

(3) Ordonn. 23 janvier 1814, 16 juillet 1816, 19 avril 1817.

proposé d'écarter l'intervention des préfets et de remettre aux procureurs généraux le soin d'élever le conflit ; mais, après avoir examiné la question, on maintint la législation en vigueur. « La commission, dit M. Taillandier (1), dut laisser aux préfets un droit qu'ils tiennent de l'arrêté du 13 brumaire an X et qui ne pourrait leur être enlevé que par une loi. »

En principe, le droit d'élever le conflit n'appartient qu'au préfet du département dans lequel siège le tribunal saisi de la contestation qui donne lieu à conflit. Ce principe ne reçoit aucune exception quand le conflit est élevé devant un tribunal de première instance. N'en peut-il pas recevoir quand le conflit se produit devant une cour d'appel ? Nous croyons qu'il faut faire une distinction. Si un déclinatoire a été proposé devant le tribunal de première instance, le préfet du département où siège ce tribunal sera compétent pour élever le conflit devant la cour d'appel, alors même qu'elle serait située hors de son département. En effet, ayant suivi l'affaire, il la connaît mieux que le préfet du département dans lequel se trouve la cour d'appel ; il est donc mieux placé que lui pour agir. Mais si, en première instance, il n'a pas été proposé de déclinatoire, nous ne

(1) Taillandier, p. 157.

voyons pas pourquoi on porterait atteinte au principe de la compétence territoriale des préfets; c'est alors au préfet du département où réside la cour d'appel qu'il appartiendra d'agir (1). La jurisprudence n'admet pas cette distinction (2); elle décide que le préfet compétent pour élever le conflit est toujours celui dans le département duquel siégeait le tribunal primitivement saisi de l'affaire. Cette jurisprudence présente un très grand inconvénient : par suite des délais très courts fixés par l'ordonnance de 1828, l'exercice du conflit en appel peut devenir fort difficile, parfois même impossible.

Le préfet de police est-il compétent pour élever le conflit? Cette question a donné lieu à des difficultés et fait hésiter le conseil d'État. Après avoir reconnu la compétence du préfet de police (3), il adopta le système contraire (4). Le gouvernement jugea nécessaire de mettre fin à cette incertitude. A cet effet fut rendue l'ordonnance du 18 décembre 1822, dont l'article unique était ainsi conçu : « Les dispositions de l'art. 4 de l'arrêté du 13 brumaire an X, qui autorisent le pré-

(1) Serrigny, t. I, p. 255.

(2) Boulatignier, p. 486, et arr. 17 avril 1841, 27 mai 1848, 15 mai 1858.

(3) Décrets du 12 décembre 1806 et du 5 août 1809.

(4) Ordonn. du 29 mai 1822 (Lebel).

fet à élever le conflit entre deux autorités, sont déclarées communes au préfet de police de Paris; en conséquence, il élèvera le conflit dans les affaires qui, étant par leur nature dans la compétence de l'administration, sont placées dans ses attributions. »

Le préfet ne peut pas prendre un arrêté de conflit avant d'avoir mis le tribunal en demeure de statuer sur sa propre compétence. Il doit, à cet effet, adresser au procureur de la République un mémoire dans lequel il mentionne la disposition législative attribuant à l'administration la connaissance du litige. Ce mémoire, connu sous le nom de déclinatoire d'incompétence, est une innovation due à l'ordonnance de 1828. Auparavant, le préfet prenait un arrêté ordonnant au tribunal de surseoir au jugement. Afin d'éviter des froissements entre les deux autorités, on exigea ce mémoire préalable (1) d'où pouvait résulter un double avantage : d'un côté, après un examen sérieux, le tribunal pouvait reconnaître lui-même son incompétence ; d'un autre côté, le débat contradictoire pouvait éclairer le préfet et le faire renoncer à prendre un arrêté de conflit : dans les deux cas, la lutte entre les deux autorités n'avait pas lieu. Ce déclinatoire est quel-

(1) Art. 6 de l'ordonnance de 1828.

que chose d'analogue au préliminaire de conciliation.

Quand bien même les particuliers en cause auraient déjà opposé sans succès l'incompétence du tribunal, le préfet n'est pas dispensé d'adresser un mémoire. Ce déclinatoire a un autre but que de soumettre aux juges l'exception d'incompétence : ce n'est plus sur des intérêts privés que le tribunal aura à se prononcer, mais sur une question d'ordre public, le principe de la séparation des pouvoirs. Aussi un déclinatoire préalable est toujours nécessaire ; rien ne peut le suppléer, et, si un arrêté de conflit intervenait en son absence, il devrait être annulé pour vice de forme. Toutefois, lorsque le déclinatoire a été admis en première instance et que les parties attaquent en appel le jugement par lequel l'autorité judiciaire se déclare incompétente, le préfet peut élever le conflit devant la cour sans présenter un nouveau déclinatoire (1).

Le procureur de la République fait connaître au tribunal la demande formée par le préfet ; mais il n'est pas tenu de l'appuyer. L'ordonnance dit, en effet, qu'il requiert le renvoi si la revendication lui paraît fondée ; et c'est un juste hom-

(1) Cette hypothèse est prévue par l'art. 8 de l'ordonnance. Arr. 6 mars 1846, 18 novembre 1850.

mage rendu au ministère public, qui doit toujours rester libre dans ses conclusions. Le tribunal doit alors statuer sur le déclinatoire du préfet. S'il se reconnaît incompétent, il est dessaisi, et le conflit est évité. Si, au contraire, il se déclare compétent, il appartient au préfet d'examiner, en s'éclairant des motifs de ce jugement, s'il doit élever le conflit.

Après la décision du tribunal, le procureur de la République doit adresser au préfet, dans les cinq jours, copie des conclusions et du jugement rendu sur la compétence. La date de cet envoi est consignée sur un registre spécial. C'est à dater de ce moment que court le délai accordé au préfet pour élever le conflit. Si le déclinatoire a été rejeté, l'arrêté de conflit doit être pris dans les quinze jours qui suivent l'envoi des pièces, sans que le jour de l'envoi puisse être compté pour la fixation du délai.

L'art. 9 de l'ordonnance détermine les formes de l'arrêté de conflit. Cet arrêté doit contenir le visa du jugement intervenu sur le déclinatoire et de l'acte d'appel, s'il y a lieu, l'insertion textuelle de la disposition législative qui attribue à l'administration la connaissance du point litigieux.

Malgré les termes formels de l'article, le conseil d'État a toujours admis comme suffisants les ar-

rêtés qui se bornaient à viser les lois (1). Il est impossible de comprendre comment a pu s'affirmer une telle jurisprudence quand on lit dans la seconde partie de l'art. 9 : « La disposition législative y sera textuellement insérée. »

Le préfet, après avoir pris un arrêté de conflit, est tenu de faire déposer son arrêté au greffe du tribunal, ainsi que les pièces visées dans cet arrêté. Cette formalité doit, elle aussi, être remplie dans le délai de quinzaine déjà fixé, et qui part de l'envoi des pièces fait par le procureur de la République au préfet. Le conflit est alors valablement constitué et le rôle du préfet terminé. Il ne peut ni modifier, ni rapporter le conflit : du jour où il est accompli, c'est au juge supérieur des conflits qu'il appartient de trancher la difficulté. Les parties en cause ne peuvent contester devant les tribunaux la revendication administrative : par l'effet du conflit la procédure judiciaire se trouve suspendue, et aucune instance n'est possible avant que le tribunal des conflits ait statué sur la validité de l'arrêté pris par le préfet.

On s'est demandé si le tribunal était obligé de surseoir à son jugement, même lorsque l'arrêté

(1) Ordonn. 7 novembre 1834, 3 février 1835, 11 décembre 1838.

de conflit était irrégulier. Pour soutenir la négative, on s'appuie sur le texte de l'ordonnance qui veut que les formalités exigées soient remplies à peine de nullité, et l'on dit que l'acte irrégulier, qualifié d'arrêté de conflit, n'en est pas un (1). Cette opinion ne nous semble pas admissible. Nous ne croyons pas que le tribunal puisse arguer de l'irrégularité du conflit pour passer outre au jugement du fond, parce que l'autorité judiciaire, en examinant si le conflit est valable, serait juge des actes de l'autorité administrative. Les rôles se trouveraient ainsi intervertis, et le tribunal serait juge du conflit, car souvent la forme emporte le fond. C'est pourquoi il faut appliquer ici le principe en vertu duquel le juge supérieur est juge non seulement du fond, mais encore de la régularité de l'acte qui le saisit. Le tribunal, qui estimera que l'arrêté est irrégulier, devra donc laisser au tribunal des conflits le soin d'en prononcer la nullité (2). En un mot, dès que l'arrêté de conflit est pris, l'action de la justice est suspendue, et les juges doivent surseoir à leur décision, sinon ils sont passibles d'une amende édictée par l'art. 428 du Code pénal.

(1) Duvergier, note. — Foucart, t. III, n° 1949. — Laferrière, t. II, p. 578.

(2) La jurisprudence s'est prononcée en ce sens : 3 février 1835 (Jantes) ; 2 juillet 1836 (préfet d'Ille-et-Vilaine) ; 18 décembre 1848 (commune des Angles).

La procédure que l'on doit suivre pour aboutir à la solution du conflit est organisée par les art. 13 et 14 de l'ordonnance de 1828 et le règlement du 26 octobre 1849, chap. II. L'ordonnance du 12 mars 1831 indique quelles sont les pièces qui doivent être produites avant le rapport sur le conflit; ce sont : la citation, les conclusions des parties, le déclinatoire proposé par le préfet, le jugement de compétence, l'arrêté de conflit. Le jour de l'audience, le rapporteur lit son rapport; les parties font entendre leurs observations orales; le commissaire du gouvernement présente ses conclusions, et l'on procède au jugement.

Le jugement doit être rendu dans un délai de deux mois, à dater de la réception des pièces au ministère de la justice. Si, un mois après l'expiration de ce délai, le tribunal n'a pas reçu notification de la décision prise sur le conflit, il peut procéder au jugement de l'affaire (1). Si donc le jugement n'a pas été rendu dans les deux mois, le tribunal peut, croyons-nous, reprendre l'instance, mais à la charge de prouver que le juge n'a pas prononcé; quand le troisième mois s'est écoulé, l'instance doit être reprise sans qu'aucune justification soit nécessaire (2). La Cour de

(1) Ordonnance du 12 mars 1831, art. 7.

(2) En ce sens, Duvergier, t. XXXI, p. 119. — Foucart,

cassation s'est prononcée en sens contraire par un arrêt du 30 juin 1835; mais si l'on adopte le système contenu dans cet arrêt, l'art. 7 de l'ordonnance de 1831 n'a plus de sanction:

Le tribunal des conflits peut, soit annuler le conflit, soit le confirmer. L'arrêté de conflit peut être annulé comme mal fondé ou comme irrégulier en la forme. Dans le premier cas, l'autorité judiciaire, étant compétente, reprendra la procédure au point où elle avait été interrompue. Lorsque le conflit est annulé pour vice de forme, le préfet peut prendre un nouvel arrêté de conflit devant le même tribunal, sauf dans le cas prévu par l'art. 11 de l'ordonnance de 1828. Il se peut, en effet, que sa revendication soit légitime, puisque la question n'a pas été jugée au fond.

Si maintenant nous supposons le conflit confirmé, qu'en résultera-t-il? Le tribunal est définitivement dessaisi de l'affaire, et les parties doivent se pourvoir devant l'autorité administrative compétente pour arriver à la solution du litige.

La décision du tribunal des conflits n'est susceptible d'aucun recours, conformément à l'art. 6 de l'ordonnance du 12 décembre 1821 et à l'art. 10 du règlement du 26 octobre 1849. D'ail-

leurs, il ne faut pas perdre de vue la véritable nature du conflit : il a été institué dans un intérêt d'ordre public, et si les parties sont admises à présenter des observations, c'est afin d'éclairer les juges plutôt que dans leur propre intérêt. Or, il importe à l'ordre public que ces questions de compétence soient promptement et définitivement tranchées.

APPENDICE.

Jusqu'ici nous n'avons considéré le conflit que comme un moyen de revendication accordé à l'autorité administrative. C'est bien ainsi que le législateur l'a presque toujours compris ; mais tel ne devrait pas être son but unique. Le conflit doit servir de sanction au principe de la séparation des deux autorités, administrative et judiciaire ; par conséquent, il devrait appartenir à chacune des deux autorités pour arrêter les empiétements de l'autre.

Comme il existe sur ce point une lacune dans notre législation, on a soutenu que l'autorité judiciaire ne pouvait pas revendiquer devant le juge commun les affaires de sa compétence portées devant l'autorité administrative. Le conflit, dit-on, répugne à la nature du pouvoir judiciaire, parce que ce pouvoir n'est ni actif, ni responsa-

ble, et qu'il ne doit statuer que sur des contestations dont il est saisi (1). Sans doute, les tribunaux ne doivent pas jouer un rôle actif; mais il en est différemment des membres du parquet. Pourquoi n'accorderait-on pas aux procureurs généraux le droit de prendre des arrêtés de conflit?

Le conseil d'État ne s'est pas prononcé sans hésiter sur cette question. Un décret du 11 août 1808 (Doria) visa un arrêt de la cour d'appel de Turin ordonnant qu'il serait élevé un conflit, sans annuler cette partie de l'arrêt. Mais, par une ordonnance du 3 juillet 1822, le conseil d'État décida qu'un tribunal ne pouvait élever un conflit contre l'administration. Il est vrai que nulle disposition légale ne donne ce pouvoir aux tribunaux; et, par suite, la décision du conseil d'État nous semble inattaquable. Mais nous pensons que le législateur devrait intervenir pour donner enfin au conflit son véritable caractère : ce doit être une arme mise entre les mains de chacune des deux autorités pour faire respecter leur compétence respective. Quand le législateur a créé le tribunal des conflits, tribunal mixte, il est entré dans une voie nouvelle, abandonnant les idées de suspicion contre le pouvoir judiciaire qui inspi-

(1) Serrigny, t. I, n° 166.

raient ses devanciers. Il faut suivre cette voie jusqu'au bout, accorder les mêmes prérogatives à l'autorité judiciaire qu'à l'autorité administrative, et permettre aux procureurs généraux de prendre des arrêtés de conflit, comme on le permet aux préfets.

Nous devons reconnaître que la loi du 3 mai 1849 a introduit un progrès dans ce sens. L'article 47 contient la disposition suivante : « Le ministre de la justice a également le droit de revendiquer devant le tribunal spécial des conflits, organisé par l'art. 89 de la Constitution, les affaires portées devant la section du contentieux administratif. Toutefois, il ne peut se pourvoir devant cette juridiction qu'après que la section du contentieux a refusé de faire droit à la demande en revendication qui doit lui être préalablement soumise. » Ces dispositions ont été reproduites par l'art. 26 de la loi du 24 mai 1872. Nous rencontrons dans cet article une seule innovation : le droit de revendication appartient désormais à chaque ministre, tandis que, d'après la loi de 1849, il n'appartenait qu'au garde des sceaux.

Ces lois renferment un progrès, au moins en théorie ; mais on chercherait en vain le résultat pratique, car aucune affaire appartenant à l'ordre judiciaire n'a été revendiquée devant la sec-

tion du contentieux par un ministre (1). En fait, l'autorité judiciaire se trouve donc toujours désarmée devant les empiétements de l'autorité administrative, et il importe de mettre un terme à cet abus. La réforme que nous réclamons ne présente aucun danger, puisque la décision appartient à un tribunal mixte, dont l'impartialité ne saurait, par suite, être contestée et qui n'a pas semblé, jusqu'ici, disposé à mettre l'administration sous la tutelle de l'autorité judiciaire.

CONCLUSION

Arrivé au terme de cette étude, il ne nous reste plus qu'à retracer en quelques lignes un tableau d'ensemble.

Le principe de la séparation des pouvoirs, reconnu et préconisé par un certain nombre de publicistes, n'a fait son entrée dans notre droit positif qu'avec la Révolution française. L'Assemblée constituante l'a gravé en première page sur ses immortelles tables d'airain.

L'une des conséquences premières de ce principe a été la séparation de l'autorité administrative et de l'autorité judiciaire. Aux juges inamo-

(1) Aucoc, t. I, p. 638.

vibles on a laissé la connaissance des contestations où les intérêts privés sont seuls en cause. Les tribunaux administratifs ont été chargés de trancher les difficultés soulevées par des particuliers qui soutenaient que leurs droits avaient été violés par les représentants du pouvoir exécutif : l'on a vu ainsi se former toute une catégorie d'affaires connues sous le nom de contentieux administratif. Les limites de ce contentieux n'étant pas tracées d'une manière positive, il en résulta des abus ; et ces abus suscitèrent de nombreuses attaques contre les tribunaux administratifs, attaques dont ils finirent par triompher.

Aujourd'hui la juridiction administrative est moins souvent discutée dans son principe. Elle compte néanmoins de nombreux adversaires. Il est vrai que la plupart désarmeraient si l'on se décidait à accomplir quelques réformes urgentes.

Les conseils de préfecture auraient besoin d'être soumis à un recrutement plus sérieux dont le concours serait la base. Il faudrait, en outre, réaliser dans toute leur étendue les promesses contenues dans le rapport de Rœderer, et séparer d'une façon absolue l'administration contentieuse de l'administration active. Ceci conduirait à enlever toute juridiction aux maires, préfets et ministres, à retirer au préfet la présidence du conseil de préfecture, et au garde des sceaux celle du

tribunal des conflits ; la juridiction de droit commun qui cesserait d'appartenir aux ministres passerait aux conseils de préfecture.

Mais il ne suffirait pas de réorganiser les tribunaux administratifs en ce qui concerne le personnel ; il faudrait également une revision en ce qui touche les attributions. Pour cela, une loi générale de compétence devrait être étudiée et votée.

Nous n'ignorons pas quelles difficultés présenterait la rédaction de cette loi. Des jurisconsultes comme MM. de Vatimesnil, Portalis et Dalloz ont reculé devant une telle œuvre. Certes, il y a là de quoi effrayer les moins timides. Cependant, nous persistons à croire qu'on pourrait réussir si l'on se bornait à poser les principes généraux, laissant au tribunal des conflits le soin d'appliquer ces principes aux cas spéciaux qui se présenteraient devant lui. Même dans ce cadre restreint, le législateur aurait plus d'une difficulté à vaincre. Mais le savant rapporteur de la loi de 1872 fait toujours partie du parlement qui compte avec lui quelques autres membres capables de résoudre ces délicates questions. D'ailleurs, ne pourrait-on pas former, à côté de la commission parlementaire, une commission extra-parlementaire avec ces jurisconsultes qui, par l'enseignement oral ou écrit, ont tant contribué au développement de la science administrative ? Notre pays renferme des

éléments intellectuels suffisants pour arriver à un résultat sérieux ; les pouvoirs publics n'ont qu'à le vouloir.

Une loi qui fixerait la compétence respective des tribunaux ordinaires et des tribunaux administratifs viendrait combler une des lacunes les plus graves de notre législation. Les textes qui régissent cette matière si importante sont peu nombreux ; la plupart remontent à l'époque révolutionnaire. Depuis cette époque les mœurs ont changé, les idées se sont modifiées, tandis que la législation est restée stationnaire. Les craintes à l'égard du pouvoir judiciaire qui inspiraient l'Assemblée constituante sont bien atténuées ; mais une partie des dispositions dictées par ces craintes ont été maintenues. Ne pourrait-on pas, en pratique, définir encore le conflit comme le définissait Cuvier en 1828 : le moyen accordé au pouvoir amovible et responsable pour se défendre contre le pouvoir inamovible et irresponsable ? Et cependant qui donc, en théorie, viendrait actuellement reproduire une telle définition ? Le conflit doit servir à chacune des deux autorités pour faire respecter sa compétence, et aucune des deux ne doit pouvoir s'attribuer les prérogatives de l'autre, pas plus celle qui est composée de fonctionnaires amovibles que celle dont les membres sont inamovibles.

Enfin, la loi que nous réclamons présenterait un autre avantage non moins appréciable : lorsque la compétence des deux autorités aurait été fixée par un texte précis, les conflits deviendraient plus rares. Sans doute le conflit est un mal nécessaire ; mais ce serait un grand service rendu à la justice que de restreindre, dans une large mesure, ces luttes entre deux pouvoirs organisés, entre deux tribunaux d'ordre différent.

Il est peu de réformes dont l'urgence soit moins incontestée ; et cependant, depuis 1828, notre législation est restée presque stationnaire. La seule innovation importante à signaler est celle par laquelle on accordait un pouvoir propre au conseil d'État en matière contentieuse, innovation dont la conséquence fut la création du tribunal des conflits. Comment expliquer un pareil résultat ? Est-ce que notre pays serait hostile à toute idée de progrès ? Nous ne le croyons pas. Mais il y a plusieurs manières de marcher en avant. Certains législateurs se croient progressistes parce qu'ils renversent beaucoup d'institutions. Sans tenir compte des leçons de l'expérience accumulées par les siècles dans une suite de générations d'hommes qui, eux aussi, travaillaient et pensaient, ils veulent tout réformer à la fois. Et, quand tout est détruit, on s'aperçoit que des ruines amoncées n'est sortie aucune réforme ; alors on se met

à l'œuvre pour reconstruire ce que la veille on détruisait. N'est-ce pas là une partie de l'histoire parlementaire de ce siècle?

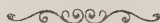
Déjà, en 1849, Lamartine mettait en garde ses concitoyens contre « ces fanatiques insensés qui croient apparemment que, pour réparer et améliorer un édifice, il faut commencer par faire éclater un volcan sous les fondations (1). » Nous aussi, nous considérons de tels législateurs comme des obstacles à toute réforme sérieuse.

Pour marcher d'un pas sûr dans la voie du progrès, il faut pouvoir s'élever au-dessus des passions du moment, ne jamais sacrifier l'intérêt général à certains intérêts privés, et surtout ne pas oublier que le guide le plus sûr pour le législateur est l'expérience qui se dégage du passé. L'histoire, en effet, nous apprend que le seul progrès durable est celui qui, conforme aux principes supérieurs du droit, répond aux aspirations réelles d'une nation, et qu'il est imprudent d'attaquer sans de graves motifs des institutions qui ont fait leurs preuves de vitalité. Le jour où l'on cessera de mettre sans cesse tout en question, le temps du législateur pourra être employé à des réformes utiles. Alors notre pays ne méritera plus ce re-

(1) A. de Lamartine, *le Passé, le présent, l'avenir de la République*, p. 25.

proche trop justifié jusqu'ici : « En France, nous faisons des révolutions, nous ne faisons pas de réformes (1). »

(1) Paroles de Napoléon III au grand réformateur anglais Richard Cobden. *R. Cobden*, par C. Lavollée, *Revue des Deux Mondes* du 15 juillet 1883, p. 333.



POSITIONS

DROIT ROMAIN.

I. L'*infantia*, durant la période classique, se terminait toujours à l'âge de sept ans.

II. Celui qui a blessé grièvement un esclave n'est pas soumis au premier chef de la loi Aquilia lorsqu'une autre personne a ensuite tué cet esclave.

III. L'action utile de la loi Aquilia, bien que conçue *in factum*, diffère de l'action *in factum* subsidiaire de l'action *de dolo*. La première est donnée lorsque le dommage a été causé *corpori nec corpore*, la seconde quand il s'agit d'un *damnum non corpori datum*.

IV. Dans le cas où le *damnum* est imputable à plusieurs, les jurisconsultes romains, en décidant que chacun des délinquants serait tenu pour le tout, ont méconnu le véritable caractère de l'ac-

tion *legis Aquiliæ*, qui n'est pas une action pénale bilatérale.

V. Dans les cas où l'action aquilienne se trouve en concours avec une action *rei persecutoria*, si celle-ci a été intentée la première, on peut ensuite intenter pour le surplus l'action de la loi Aquilia.

VI. Quand d'un même fait naissent l'action *legis Aquiliæ* et une autre action pénale, parce qu'on rencontre dans ce fait un double délit, les deux actions concourent.

DROIT PUBLIC ET ADMINISTRATIF.

I. Il n'existe, en réalité, que deux pouvoirs : le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif.

II. Le contentieux administratif trouve sa justification dans le principe même de la séparation des pouvoirs.

III. Il n'y a pas de divergences entre la jurisprudence du conseil d'État et celle de la Cour de cassation, relativement aux contestations qui peuvent naître des traités internationaux.

IV. Le ministre est le juge de droit commun en matière contentieuse administrative.

V. L'autorité judiciaire est compétente, en principe, pour connaître des contestations qui s'élèvent entre la commune et le fermier de l'octroi.

VI. Le décret du 19 septembre 1870 laisse subsister la défense faite aux juges de connaître des actes administratifs.

VII. Le conflit ne peut pas être élevé devant les tribunaux correctionnels pour revendiquer la connaissance des délits de droit commun émanés des corps municipaux.

VIII. Le conflit peut être élevé devant le juge des référés.

DROIT CIVIL.

I. L'abrogation des lois ne peut résulter du non-usage.

II. Les lois interprétatives doivent être appliquées rétroactivement aux faits antérieurs.

III. L'art. 1384 du Code civil n'est pas applicable à la responsabilité de l'État.

IV. Les réparations civiles dues par le mari pour ses délits obligent la communauté.

V. Lorsque le mari fait un remploi au nom de sa femme, l'acceptation de celle-ci a un effet rétroactif.

VI. Le trésor trouvé par l'un des époux dans un fonds lui appartenant tombe dans la communauté.

HISTOIRE DU DROIT.

I. Dans la plupart des coutumes, l'aubain n'était pas considéré comme un serf.

II. Dans la recherche de la paternité, la règle *creditor virgini* ne s'appliquait pas au fond même du procès.

DROIT CRIMINEL.

I. Il n'y a pas délit d'usure lorsqu'il s'est écoulé plus de trois ans entre les deux opérations usuraires exigées en vertu de l'art. 4 de la loi du 3 septembre 1807.

II. L'action civile fondée sur un fait incriminé par la loi pénale se prescrit par le même laps de temps que l'action publique, même devant les tribunaux civils.

Vu par le Président de la Thèse,
VUATRIN.

Vu par le Doyen,
CH. BEUDANT.

Vu et permis d'imprimer :
Le vice-recteur de l'Académie de Paris,
GRÉARD.

TABLE DES MATIÈRES

LOI AQUILIA

	Pages
CHAP. I. Généralités.....	1
CHAP. II. Analyse de la loi Aquilia.....	4
§ 1. Premier chef de la loi Aquilia.....	9
§ 2. Second chef de la loi Aquilia.....	51
§ 3. Troisième chef de la loi Aquilia.....	57
CHAP. III. Extension donnée à la loi Aquilia... .	71
CHAP. IV. Nature de l'action <i>legis Aquilix</i>	91
CHAP. V. Concours de l'action aquilienne avec d'autres actions	99
§ 1. Concours d'une action <i>rei persequendæ gratia</i> avec l'action aquilienne.....	102
§ 2. Concours de l'action <i>legis Aquilix</i> avec une action mixte ou avec une action pénale privée.....	105
§ 3. Concours de l'action <i>legis Aquilix</i> avec une action pénale publique.....	109

DE LA SÉPARATION DES POUVOIRS

INTRODUCTION.....	117
-------------------	-----

1^{re} PARTIE

Les deux pouvoirs.....	139
------------------------	-----

CHAPITRE I.

Pouvoir législatif.....	145
-------------------------	-----

CHAPITRE II.

Pouvoir exécutif.....	170
-----------------------	-----

II^e PARTIE

	Pages.
Les deux autorités.....	183

CHAPITRE I.

Organisation des tribunaux de l'ordre administratif et de l'ordre judiciaire.....	184
SECTION I ^{re} . Autorité administrative.....	184
§ 1. Conseil d'Etat.....	190
§ 2. Conseil de préfecture.....	201
§ 3. Agents de l'administration considérés comme juges.....	219
I. Maires.....	222
II. Préfets.....	223
III. Ministres.....	225
SECTION II. Autorité judiciaire.....	229

CHAPITRE II.

Indépendance des deux autorités.....	249
§ 1. Du contentieux administratif.....	251
§ 2. Nécessité du contentieux administratif.....	254
§ 3. Quel est le juge de droit commun en matière contentieuse administrative.....	276

CHAPITRE III.

Règles destinées à assurer l'indépendance des deux autorités.....	285
SECTION I ^{re} . Défense faite aux tribunaux de connaître des actes administratifs.....	286
SECTION II. De la responsabilité des fonctionnaires de l'ordre administratif devant les tribunaux de l'ordre judiciaire.....	307
SECTION III. Conflits.....	340
§ 1. Généralités.....	340

	Pages.
§ 2. Autorité chargée de juger les conflits d'attributions.....	349
§ 3. En quelles matières le conflit peut-il être élevé.	354
I. Questions de propriété.....	363
II. Expropriation.....	369
III. Occupation temporaire.....	371
IV. Dommages résultant de travaux publics.....	372
V. Etablissements insalubres.....	375
VI. Contrats administratifs.....	376
VII. Etat civil.....	377
VIII. Domicile.....	378
IX. Dettes de l'Etat.....	379
X. Créances de l'Etat.....	381
§ 4. Devant quelles juridictions le conflit peut-il être élevé ?.....	391
§ 5. Procédure du conflit.....	397
Appendice.....	411
Conclusion.....	414
POSITIONS.....	421

FIN DE LA TABLE.

